

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS CACOAL
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

**CRIMES DO COLARINHO BRANCO – CARACTERÍSTICAS DO
AGENTE DO CRIME E A (IM)PARCIALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS VALORES
CONSTITUCIONAIS**

NEUSA GIRON

CACOAL/RO
2008

NEUSA GIRON

**CRIMES DO COLARINHO BRANCO – CARACTERÍSTICAS DO
AGENTE DO CRIME E A (IM)PARCIALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS VALORES
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Fundação Universidade Federal de Rondônia - *Campus* Cacoal, como exigência parcial para obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do **Professor Especialista Nilton Ladislau da Silva**.

**CACOAL/RO
2008**

GIRON, N.

Crimes do colarinho branco – Características do agente do crime e a (im)parcialidade na administração da Justiça Penal: uma abordagem à luz dos valores constitucionais

Neusa Giron – 2008

Vii, 90 f., enc.; 30 cm

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal, 2008.

Bibliografia: f. 71-73.

I – Título

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

A acadêmica **NEUSA GIRON** desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas, sobre o tema: **Crimes do colarinho branco – Características do agente do crime e a (im)parcialidade na administração da Justiça Penal: uma abordagem à luz dos valores constitucionais**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir, *Campus* Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo por este Orientador e o desenvolvimento do trabalho observou os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim, o Acadêmico está apto à apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 05 de março de 2008.

Professor Especialista Nilton Ladislau da Silva
Orientador

NEUSA GIRON

**CRIMES DO COLARINHO BRANCO – CARACTERÍSTICAS DO
AGENTE DO CRIME E A (IM)PARCIALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS VALORES
CONSTITUCIONAIS**

AVALIADORES

<hr/> 1º Avaliador: Orientador: Professor Especialista Nilton Ladislau da Silva	<hr/> Nota
<hr/> 2º Avaliador (a)	<hr/> Nota
<hr/> 3º Avaliador (a)	<hr/> Nota

Média Final

**CACOAL/RO
2008**

Dedico este trabalho aos meus pais, Zélia e Maximino;

Aos meus irmãos, Fernando, Neiva, Neila e Neide, pontos de referência que me permitiram manter o rumo.

Poucos são aqueles que conquistam algo sozinhos. Certamente, não sou eu um deles. Por essa razão, eventuais méritos porventura verificáveis nesta obra devem, necessariamente, ser compartilhados. Inicialmente, devo agradecer ao querido companheiro Leônidas Pedrão Melo, a sua amizade, a sua disponibilidade tornaram mais fáceis muitos momentos. Bem assim, agradeço ao Professor Nilton Ladislau e a professora Maria Lindomar, sob cuja orientação acadêmica construí este trabalho. Minha gratidão aos demais professores e técnicos do campus de Cacoal, com quem tive o privilégio de conviver durante o curso de graduação em Direito.

Cumpre-me homenagear, outrossim, àquelas pessoas que, cada qual a seu modo, incentivaram-me – saibam elas disso ou não – no desbravar de minha vida acadêmica. Gostaria, pois, de expressar meu reconhecimento especial a Soraia Marcos Felisberto e Valdirene da Silva Rodrigues - parceiras de trabalhos, provas e conversas produtivas e a Henrique Cella pelo incentivo dado. Pelas observações sempre pertinentes e colaboração à conclusão deste trabalho, externo um agradecimento muito especial ao Padre Mansueto Dal Maso.

Agradeço antecipadamente, a banca examinadora pelas futuras observações, porquanto indubitavelmente haverá de servir ao aperfeiçoamento deste ensaio.

Ela está no horizonte, me aproximo dois passos e ela se afasta dois passos.

Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos.

Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei.

Para que serve, então, a utopia?

Serve para isso, para fazer caminhar.

Eduardo Galeano

RESUMO

GIRON, Neusa. Crimes do colarinho branco – Características do agente do crime e a (im)parcialidade na administração da Justiça Penal: uma abordagem à luz dos valores constitucionais, 69 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal, 2008.

O presente trabalho estuda o crime do colarinho branco, mais precisamente as características do agente do crime, a alta lesividade social de sua conduta, bem como eventual existência de um tratamento diferenciado na administração da justiça penal, entre tais agentes e o chamado criminoso comum, tudo isso à luz dos valores constitucionalmente protegidos. Busca-se assim, apresentar o crime do colarinho como um delito que, juntamente com outros que atentam contra a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, causando lesão real e não apenas potencial, merecem especial reprovação, devendo eles também, receber as mais graves sanções do Direito Penal.

Palavras-chaves: Colarinho Branco. Características do Agente. Valores Constitucionalmente Protegidos.

ABSTRACT

GIRON, Neusa. Cacoal, 2008. White collar crimes. Characteristics of the criminal and the (im) partiality in the administration of the Penal Justice: an approach in the light of Constitutional Values, 70 sheets of paper, Work f conclusion of the course. Fundação Universidade Federal de Rondonia – campus of Cacoal.

This work studies the white collar crime, more precisely, the characteristics of the criminal, the high social troubles of his/her behavior, as well as the eventual existence of a differentiate treatment in the administration of the penal justice among such criminals and the called common criminal, in the light of the constitutionality protected values. We aim, so, to present the white collar crime as a crime that, together with others that attempt on the life, the liberty and the dignity of

Key-words: White collar crime. Characteristics of the criminal. constitutionality protected values .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A ORIGEM DO CONCEITO E ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO	15
1.1 ALGUNS ANTECEDENTES TEÓRICOS DO PENSAMENTO DE SUTHERLAND.....	15
1.2 A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL.....	17
1.3 A TEORIA DA DESORGANIZAÇÃO SOCIAL OU DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL DIFERENCIAL.....	19
1.4 A TEORIA DO <i>LABELING APPROACH</i> : A CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL.....	20
1.5 ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES DOS PODEROSOS.....	20
2 A IDÉIA CLÁSSICA DO FUNCIONAMENTO DESIGUAL DA JUSTIÇA PENAL À LUZ DOS NOVOS CONCEITOS DO CRIME DO COLARINHO BRANCO.....	25
3 DO MODUS OPERANDI – PERFIL.....	28
3.1 CARACTERÍSTICAS DA DELINQUÊNCIA DO COLARINHO BRANCO.....	28
3.2 A PERSONALIDADE DO DELINQUENTE DE COLARINHO BRANCO.....	30
3.3 O CRIME DO COLARINHO BRANCO E O CRIME ORGANIZADO: A COMPLEXA ESTRUTURA OPERACIONAL E A APARÊNCIA DE LICITUDE NAS AÇÕES.....	32
4 FONTES E LIMITES À AÇÃO ESTATAL EM SEDE DE DIREITO PENAL.....	34
4.1 A CONSTITUIÇÃO COMO UM PARÂMETRO NORMATIVO SUPERIOR.....	34

4.2	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETROS NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	35
4.2.1	O princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana.....	35
4.2.2	O princípio da proporcionalidade.....	38
4.3	A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....	39
5	O BEM JURÍDICO PENAL: TEORIA E FORMAÇÃO.....	42
5.1	DOS BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS AOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS	43
5.2	A ANTI-SOCIALIDADE DA CONDUTA COMO ATRIBUTO NECESSÁRIO À SUA CONSIDERAÇÃO JURÍDICO-PENAL.....	44
5.3	O CARÁTER FRAGMENTÁRIO E SUBSIDIÁRIO (<i>ULTIMA RATIO</i>) DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE.....	45
5.4	O PROCESSO DE “CIVILIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL: ENTRAVE A UMCOMBATE EFETIVO AOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO.....	49
5.4.1	A sanção penal e seu conteúdo material.....	49
5.4.2	A lei nº 9714/98 e as “modernas” penas alternativas.....	51
5.4.2.1	A prestação pecuniária	52
5.4.2.2	A perda de bens e valores.....	54
5.4.3	O art. 34 da Lei nº 9.249/95: a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e a ilegalidade constitucional da despenalização.....	55
5.4.4	O art. 15 da Lei nº 9.964/00: o programa de recuperação fiscal (REFIS) e a suspensão da ação penal	56
6	VIOLÊNCIA NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO E PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	58
7	A IMPUNIDADE E O TRATAMENTO PRIVILEGIADO CONCEDIDO À CRIMINALIDADE DO COLARINHO BRANCO.....	65
	CONCLUSÕES.....	69
	REFERÊNCIAS.....	71
	ANEXOS.....	74

INTRODUÇÃO

O século XXI está em constante transformação, no campo cultural, tecnológico, científico e político, tornando as relações sociais altamente complexas. Hodiernamente os avanços verificados, principalmente nos transportes e nas comunicações, mudaram consideravelmente as relações de tempo e espaço, gerando um fenômeno que, associado ao sistema econômico capitalista, provoca a mudança de comportamentos com implicações profundas no sistema jurídico. Isso se dá em função da globalização econômica que implacavelmente direciona a humanidade ao consumismo e ao individualismo. Embora possam existir virtudes nesta nova noção de economia-mundo, os efeitos maléficos são vultosos e já se fazem sentir.

O abismo verificado entre o tempo das relações econômico-financeiras, operando com estruturas tecnológicas virtuais aptas a lhe propiciarem resultados em tempo real, e o tempo das relações jurídicas, diferido por natureza (já que em nome do devido processo legal, as demandas judiciais tendem a uma demora razoável), tem proporcionado um silencioso processo de migração dos centros decisórios, diminuindo o espaço de discussão social, retirando da base estrutural da sociedade (trabalhadores, sindicatos, associações, comunidades, sociedade em geral) e legitimando o topo (Organização Mundial do Comércio, Banco Mundial, Grupo de Investidores Estrangeiros no Brasil, Fundo Monetário Internacional, entre outros organismos técnicos, de diretrizes além-fronteira). Assim, conceitos jurídico-políticos tradicionais como nação (pessoa jurídica formada por pessoas com elo comum de raça, religião e cultura), Estado (organismo político administrativo,

ocupante de território determinado e dirigido por governo próprio) e soberania (característica do poder do Estado que a coloca acima de qualquer outra no âmbito interno) estão sendo colocados em xeque por quem direciona a humanidade (multinacionais e organismos internacionais).

Partindo-se da idéia de que tem-se Estado, entendido como uma comunidade política e juridicamente organizada, com tarefas sociais a desempenhar; e que tem-se uma Constituição democrática, e conseqüentemente Estado Social e Democrático de Direito – ordem de domínio legitimada pelo povo (CANOTILHO *apud* FELDENS) -, identifica-se, assim, uma realidade social segregada das diretrizes perseguidas por esse modelo de Estado. Tal circunstância (sociedade divorciada da cidadania, da dignidade, da liberdade, da justiça e da solidariedade) confirma um diagnóstico negativo mas não definitivo, pois pode ser mudado se alteradas as bases de produção/concepção do Direito: de mera racionalidade instrumental, para um instrumento legítimo de transformação social (FELDENS, 2002).

Diante disso, indaga-se sobre a existência de um papel a ser desempenhado pelo Direito na busca dos valores constitucionais. Tal indagação traz outra: a quem o Direito tem servido, a vista de seu modo tradicional de produção? Especificando mais a análise e levando em conta o objeto deste estudo – o sistema de Direito Penal, reformula-se: a quem tem servido, ou “de quem tem se servido”, o Direito Penal?

Atribui-se tradicionalmente, ao Direito Penal uma função protetiva ao que se denomina “valores fundamentais da vida em sociedade”. A doutrina e a jurisprudência vangloriam-se em afirmar essa atribuição; nada obstante, a partir da diversificação da criminalidade moderna, tem-lhes faltado conferir sentido a tal conceitualidade, circunstância que gera um déficit interpretativo e, conseqüentemente, um desvio de rumo que proporciona o distanciamento da realidade. É indiscutível a existência de uma velha dogmática jurídica que se acostumou tanto à criminalidade clássica que se revela incapaz de acompanhar a nova criminalidade.

Para evitar maus entendidos no trato do Direito Penal, ressalta-se que o liame é o das ciências sociais do qual decorre um entendimento do ser enquanto ente de relação. Assim, quando se refere à proteção aos valores da vida, como sendo missão do Direito Penal, o que se pretende é enaltecer, não apenas os valores passíveis de apropriação individual, mas a

própria vida em sociedade. Isso pela razão de inexistir direito isolado da relação social. Nem mesmo a liberdade (exemplo de bem jurídico) é metafisicamente considerada como algo em si mesma. Liberdade é – e sempre será – liberdade em sociedade. Há sempre situações jurídicas ativas e passivas, de direitos e deveres, individuais e sociais (FELDENS, 2002).

Isso justifica por que o atual modo de produção do Direito exige um repensar. O crime já não representa mais uma relação jurídica interindividual em que “A” (normalmente Caio) se apropria, mediante fraude ou violência física, de um bem pertencente a “B” (frequentemente Tício), situação muito repetida nos manuais e que resulta em proporcionar aos estudantes de direito uma visão parcial do objeto. Os conflitos do Direito Penal, atualmente, são coletivos e sociais em sua sujeição passiva. Cita-se como exemplos de criminalidade moderna, os grandes escândalos financeiros, a corrupção, a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro, normalmente associada ao tráfico de drogas e ao financiamento de campanhas políticas, os danos ambientais e os demais delitos que atingem objetos jurídicos difusos ou coletivos, usurpando o que de mais legítimo constitui o ser: a dignidade.

Para atingir o objetivo proposto – estudo do colarinho branco, identificação do agente que o pratica e a demonstração do tratamento diferenciado da justiça penal, o primeiro capítulo evidenciará que apesar de o conceito “crime do colarinho branco” só ter aparecido em 1939 – por obra de Sutherland -, as infrações cometidas pelos poderosos receberam sempre um tratamento diferenciado das demais.

O segundo capítulo, trará a idéia clássica do funcionamento desigual da justiça penal à luz dos novos conceitos do crime de colarinho branco.

O perfil do criminoso do colarinho branco que com sua boa aparência e inteligência desprovida de qualquer ética, apresenta grande influência na sociedade em geral, na confecção de leis e na própria aplicação da norma penal, será o tema abordado no capítulo terceiro.

Buscar-se-á no capítulo quarto, as limitações constitucionais em matéria de Direito Penal.

Tratar-se-á da noção do bem jurídico e o papel que o mesmo desempenha na definição da função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do *jus puniendi* à luz dos valores constitucionais, no quinto capítulo.

No sexto capítulo, observar-se-á a forma com que é praticada a violência nos crimes do colarinho branco, bem como a aplicabilidade da pena privativa de liberdade nestes crimes.

1 A ORIGEM DO CONCEITO E ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

1.1 ALGUNS ANTECEDENTES TEÓRICOS DO PENSAMENTO DE *SUTHERLAND*

Aristóteles¹ já se recusava a aceitar que a miséria era a causa de todas as infrações, considerando que:

os crimes mais graves são causados pelo excesso, e não pela necessidade [...] Há crimes cujo motivo é a carência [...] Mas a carência não é o único incentivo ao crime; os homens desejam porque querem satisfazer alguma paixão que os devora [...]

Na Europa o período compreendido entre os séculos XVI e XVIII, as primeiras incriminações, relacionadas ao mundo dos negócios, não reconheciam os traços específicos de tais infrações, pensando-se que os delinquentes eram sempre os mesmos, agindo em ambientes diversos.

Somente no século XIX, nos Estados Unidos, começa a distinção teórica entre uma criminalidade tipicamente rural, essencialmente violenta, e a urbana, constituída essencialmente por furtos e “delitos de astúcia”, que abrangia as burlas e abusos de confiança.

¹ ANDRADE, Costa. **Para uma reflexão sobre a pré-história da teoria do crime do colarinho branco.** Criminologia Comparada, II vol., p.869. *Apud* Claudia Maria Cruz Santos, O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: 2001, p. 43

Já havia, ali, nos estudos americanos, uma concepção comunitária de que os negócios implicam necessariamente a prática de algumas irregularidades que não devem ser vistas como atos criminalmente puníveis.

A crítica jornalística e artística, frequentemente chamou a atenção para as condutas obscuras dos poderosos. A preocupação com a moralização do mundo dos negócios adquiriu um cunho relevante na criminologia apenas no século XX.

Logo no início do século XX, o marxista Bongers², inicia um estudo em que compara, em vários países, a estrutura econômica e as infrações penais, tendo em vista as classes sociais diferentes. Conclui ele, que além dos crimes cometidos pelos mais pobres, existem os crimes econômicos dos “burgueses”, como as falências fraudulentas.

Bongers distinguiu três categorias de delinquência econômica: a situacional, explicada por eventuais dificuldades econômicas; a delinquência por ambição ou cobiça, ocasional e relacionada com o intuito de aumentar os lucros; a profissional, que pressupõe uma certa organização e sistematicidade.

De acordo com Santos (2001, p. 40) mais próximo de Sutherland, há que realçar a contribuição de A. Morris que, em 1935, referia-se à existência de uma criminalidade da aristocracia, caracterizada pelo fato de escaparem à perseguição penal³, devido à sua posição social, inteligência e uso de técnicas fraudulentas.

Sutherland começou a se interessar pela sociologia do trabalho, tendo seu primeiro contato com a criminologia ocorrido apenas em 1906, na Universidade de Chicago. A partir daí, desenvolveu uma importante pesquisa para encontrar respostas sobre três questões que o preocupavam: o que é o crime, quais são as suas causas e, qual a relação entre o crime e a lei. Para alguns autores, este criminólogo americano contribuiu mais para o desenvolvimento

² BRAITHWAITE, *Criminological theory and organizational crime, in Justice Quarterly*. Vol. 6, nº3, Set. 1989, acentua a existência de duas tradições importantes no estudo da criminalidade do colarinho branco: a do Marxista Bongers, para quem a explicação do crime residia na cupidez e egoísmo inerentes ao sistema capitalista, e a de Sutherland. In Claudia Maria Cruz Santos, **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Coimbra: 2001, p. 43

³ Note-se o fato de Morris caracterizar estas infrações não através de especificidades do seu objeto ou modo de execução, mas sim por recurso à privilegiada imunidade de que beneficiariam seus agentes.

teórico da criminologia do que qualquer outro criminólogo entre os anos vinte e quarenta do século XIX.

Sua obra é caracterizada por um pioneirismo moralista, associado à tentativa de provar que a criminalidade não é exclusivamente provocada pelas classes tradicionalmente vistas como perigosas. Era cético quanto à possibilidade de o Estado liberal combater os crimes econômicos, pois são inerentes às estruturas política, econômica e social do capitalismo.

1.2 A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Sutherland na década de 1930 iniciou a construção de uma teoria geral explicativa do crime, com expressivas influências de Mead⁴ (sociólogo norte-americano do século XIX) e de Tarde (sociólogo francês do século XIX).

A teoria de Mead era sócio-psicológica. Ele entendia que a forma como cada indivíduo interpreta as suas próprias experiências (pobreza, discriminação racial), depende das condições psicológicas e sociais de cada um.

A idéia de Mead de que os significados a que cada um acede são condicionados pela interação social com os outros, reflete-se na obra de Sutherland quando este entende que o significado dos atos criminosos advém, essencialmente, do significado que lhes é dado pelos outros membros do grupo com o qual o agente priva mais de perto. (SANTOS, 2001, p. 43-44)

Tarde⁵ propôs as chamadas leis da imitação, dizendo que estas funcionam através de uma repetição “de cima para baixo” que leva o empregado a imitar o seu chefe e os filhos a imitar os pais. O que pressupõe a afirmação de que ninguém nasce criminoso, resultando a violência, de uma forma de socialização incorreta.

⁴ SUTHERLAND teve um intenso contato com MEAD numa fase inicial da sua vida acadêmica, quando ambos se encontravam na Universidade de Chicago. *in* Claudia Maria Cruz Santos, O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra Editora, 2001, p. 43 .

⁵ *Apud* Claudia Maria Cruz Santos, O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra Editora, 2001, p. 44.

Tal concepção é visivelmente retomada por Sutherland na sua asserção de que o crime resulta de um processo de aprendizagem e não de uma “herança biológica”. A teoria da associação diferencial assenta, pois, na consideração de que quer a motivação para a prática do crime quer o conhecimento dos procedimentos para o cometer são apreendidos através de processos de comunicação no interior de grupos. Ou seja: quando os valores dominantes no seio do grupo forem propícios ao cometimento da infração, o indivíduo violará a lei, precisamente porque os estímulos favoráveis a tal comportamento excedem os desfavoráveis. O que indica uma nítida aproximação das explicações sociológicas do crime em detrimento da visão do criminoso como alguém com uma constituição biológica anormal ou problema do foro psiquiátrico; o crime pode ser cometido por pessoas absolutamente normais, que apenas receberam a influência de padrões favoráveis à infração. (SANTOS, 2001, p.44)[grifou-se]

Diante disto, parece verdadeira a afirmativa de Sutherland, de que não é a diferença física, psíquica ou econômica que motiva o crime: os criminosos do colarinho branco são pessoas com boa situação financeira e socialmente integradas.

Como um bom exemplo da “Teoria da Associação Diferencial” de Sutherland, podemos citar o de Carvalho, para quem:

O sucesso alcançado, e que era a meta desejada reforça o comportamento e, logo, a lei da imitação funciona para nivelar as condutas de outros indivíduos, justificando assim, também objetivamente, o desvio. E desde que a grande parte das pessoas do grupo se comportem da mesma maneira, torna-se aparentemente não reprovável aquilo que, na verdade, o é.⁶

Sutherland define crime do colarinho branco à luz de uma perspectiva subjetivo-profissional, concentrando-se nas características do agente, sendo tais delitos cometidos por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado *status* social, no âmbito de sua profissão.

Tal definição não intentou estabelecer-se como definitivo, visou chamar a atenção para essa criminalidade que não é incluída comumente, nas estatísticas penais, as quais costumam veicular dados sobre a criminalidade convencional, praticada, via de regra, pelas classes econômicas mais baixas.

⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, Sérgio Fabris, 1992, p. 109). Apud Celso Tres, **Crimes do Colarinho Branco** disponível em <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>, acesso em: 12 jan. 2008.

Um dos mais importantes pontos da análise de Sutherland é que os crimes praticados pelas organizações/empresas são quase sempre processados como casos civis, mas o mesmo cometido por um indivíduo é normalmente tratado como uma ofensa criminal.

Uma outra característica desse tipo de criminalidade é a danosidade social que provoca, tendo sido referido por aquele autor que o custo financeiro dos crimes do colarinho branco é, provavelmente, muitas vezes maior do que o custo financeiro de todos os crimes que normalmente são vistos como os “crimes problemas”. (SANTOS, 2001, p.46)

Portanto, a teoria da associação diferencial resume-se no fato de que um indivíduo se converte em criminoso quando as interpretações desfavoráveis da lei preponderam sobre as favoráveis e ela pode variar conforme a frequência, duração, prioridade e intensidade.

1.3 A TEORIA DA DESORGANIZAÇÃO SOCIAL OU DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL DIFERENCIAL

Em virtude da diferente distribuição do crime pelos vários grupos sociais, é que Sutherland complementou a teoria da associação diferencial. Reconheceu que os jovens do sexo masculino e os negros parecem cometer, proporcionalmente, um número muito maior de infrações. Ele parte da idéia de que a Revolução Industrial foi a responsável pelo surgimento de uma sociedade complexa e diferenciada, o que provocou um enfraquecimento do controle relativo ao comportamento dos indivíduos.

Sutherland invocou a existência de um conflito: enquanto o mundo dos negócios está organizado permitindo assim, o cometimento de infrações das normas que o regem, a sociedade está muito menos organizada no que se refere à criação de mecanismos capazes de impedir aquela violação. Para ele “as normas têm pouca importância no controle dos comportamentos negociais a menos que sejam suportadas por uma administração empenhada em impedir o comportamento ilegal”⁷

Ao destacar as condições que favorecem a desorganização social no controle dos ilícitos negociais - por um lado, a complexidade e tecnicidade dos comportamentos; por outro lado, a rapidez das mudanças sócias que pertenciam os conflitos de valores - e ao apontar a inexistência de um verdadeiro conflito entre os homens de negócios que desrespeitam a lei e a

⁷ SUTHERLAND, Edwin. **Principes de Criminologie**, Paris: Editions Cujas, 1966, p.256. *Apud* Claudia Maria Cruz Santos. **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. 2001, p 51-52.

sociedade, aparentemente compreensiva em relação àqueles comportamentos, Sutherland procurou traçar um diagnóstico da situação. Mas, mais do que isso, talvez tenha fornecido importantes pistas no que respeita aos mecanismos a utilizar para a debelar. (SANTOS, 2001, 52)

1.4 A TEORIA DO *LABELING APPROACH*: A CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL

A teoria do *labeling* – ou da estigmatização – desenvolveu-se nos Estados Unidos a partir de 1960. Parte da consideração de que “não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela”⁸ (teoria da reação social). As leis, a polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as instituições penitenciárias, todos devem ter a compreensão de que não se deve estigmatizar o delinquente

o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instancias oficiais de controle da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instancias⁹.

Há nessa concepção, um caráter seletivo-constitutivo, finalizando que as instâncias estatais criam a infração e etiquetam o infrator.

1.5 ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES DOS PODEROSOS

*“Cavalgar e roubar não é vergonha nenhuma, pois que o fazem os melhores em todo o país”*¹⁰

O crime é tão antigo como a própria sociedade, sendo a vingança privada a primeira forma de solução do conflito. Assim, o ofendido, sua família ou grupo, faziam a justiça pelos seus próprios meios, vingando-se do infrator e às vezes daqueles que lhe fossem mais próximos. Note-se que tudo dependeria da capacidade de reação de cada um dos envolvidos. Desta forma, o mais poderoso era favorecido: enquanto agente da infração, poderia dela sair

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica...**, p.86, *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 130.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Divisa Medieval dos Nobres da Westfalia. *in* Claudia Maria Cruz Santos, **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**, Coimbra Editora, 2001, p. 15.

ileso por conseguir evitar a punição; se vítima do crime, disporia dos meios necessários à efetividade da sanção. A vingança privada era então, a justiça do mais forte.

No período primitivo peninsular, mesmo antes dos romanos, existia uma estruturação social e um sistema punitivo.

Para além de se poderem diferenciar os homens livres dos servos, é ainda possível considerar a existência de uma classe privilegiada, uma espécie de nobreza”, da qual “faziam parte as pessoas mais poderosas, embora se discuta se a diferenciação resultava da linhagem, da riqueza, da força militar ou, inclusive, do desempenho de cargos públicos¹¹.

Para os romanos, a apreciação dos delitos públicos tinha como base a importância social do agente da infração.

Nos tempos iniciais da República, cabia aos magistrados superiores o exercício da ação penal e, se o suspeito fosse um cidadão romano, o processo devia ser público e aquele magistrado estaria sujeito ao controle da assembleia do povo, o que acarretava, nomeadamente, a faculdade atribuída a qualquer cidadão, durante os debates sobre a culpabilidade do agente, de tomar a palavra em sua defesa. Por outro lado, se o magistrado decidisse no sentido da condenação, havia ainda a possibilidade de uma espécie de recurso – a *provocatio* – a interpor junto de uma das diversas assembleias do povo, as quais poderiam manter ou revogar aquela decisão. Pelo contrário, se o acusado não fosse cidadão romano, o aplicador do direito dispunha de uma *coercitio ilimitada*, podendo decidir sozinho e no final de um procedimento mais ou menos abreviado¹².

Ainda no período romano, surgiu a *indulgentia*, muito utilizada no Império para não condenar ou afastar os efeitos da pena dos amigos do Imperador: esta medida restituía ao beneficiário sua situação anterior, com todos os seus bens e honrarias.

Carbasse¹³ nos dá conta da abertura de um novo ciclo no aparelho punitivo, quando o Império Romano caiu. A centralização estatal desapareceu e o sistema jurisdicional foi

¹¹ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Historia do Direito Português**, 6ª Ed., Almedina, 1996, p. 67 ss. *Apud* Claudia Maria Cruz Santos, **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**, 2001, p. 15.

¹² SANTOS, Claudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**, 2001, p. 20.

¹³ CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction historique au Droit Pénal*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990, p. 9. *Apud* Claudia Maria Cruz Santos, **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**, 2001, p. 21.

reduzido. No final do século V, a lei fixa já valores para o acerto de contas, variáveis segundo a natureza da infração e a qualidade da vítima – a morte de um Franco valia o dobro da de um Galo-Romano e, se a vítima estivesse sob a proteção do rei, o valor triplicaria.

Inicia-se o período medieval com a fragmentação do poder do Império Romano e assiste-se ao retorno da “regulamentação” da vingança privada, prevendo-se várias formas de composição pecuniária, favorecedoras dos mais poderosos, já que a tal composição pecúnia era o preço da renúncia à vingança.

Na Alta Idade Média, com o enfraquecimento do poder central, coube aos senhores feudais a tarefa de administrar a justiça. Quando lhes parecia conveniente, atuavam oficiosamente, sem qualquer manifestação do ofendido, investigando, acusando e julgando.

O privilégio do acusatório, até então na realidade exclusivo dos cavaleiros, veio posteriormente a ser reivindicado pelos burgueses e frequentemente consagrado nas cartas de franquia: o julgamento passou a ter de ser, necessariamente, antecedido pela apresentação formal de uma queixa por parte do ofendido. As partes adquiriram, deste modo, a possibilidade de optar por uma composição amigável. Uma outra prerrogativa dos nobres – a faculdade de aguardar o julgamento em liberdade, mediante o pagamento de uma caução, desde que o crime não fosse sancionado com a pena capital – tornou-se também extensível à burguesia. (SANTOS, 2001, p. 23)

O fato de as penas pecuniárias terem uma natureza frequentemente substitutiva das penas corporais, a consequência era uma diferença no tratamento, já que só quem não dispusesse de meios de pagamento seria penalizado com sanções mais gravosas. Sobre isso, Costa¹⁴, fala que “o dualismo que acabaria por dominar toda a justiça penal durante a idade média”, pois

enquanto as classes privilegiadas eram, via de regra, sancionadas tão-só pecuniariamente, o âmbito das penas corporais restringia-se, grosso modo, aos mais desfavorecidos, sem capacidade econômica para as remir.

A desigualdade das penas em virtude da classe do ofensor e do ofendido, também é uma característica do sistema penal das Ordenações Afonsinas em Portugal. “As Ordenações

¹⁴ COSTA, Antonio Manoel de Almeida. **O Registro Criminal. História.** Direito comparado. Análise Político-criminal do instituto, Coimbra, 1985, p.56. *Apud* Claudia Maria Cruz Santos, **O Crime de Colarinho Branco- da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**, 2001, p.24.

Afonsinas não sancionavam com a pena de morte o sedutor de condição social superior ao marido da adúltera, a menos que a tivesse levado da casa do marido”(SANTOS, 2001, p. 26).

Já no fim do período medieval, uma das características é o fortalecimento do poder real e o surgimento de uma idéia de Estado. Nesta transição vê-se a transferência do *ius puniendi* das mãos dos senhores feudais para as mãos do monarca.

O mais famoso julgamento ocorreu, porém, já entre 1665 e 1666, em *Clemont*, quando o rei resolveu intervir no domínio tirânico que vários senhores feudais exerciam sobre o povo. Este processo culminou com a condenação, entre outros agentes, de oitenta e sete nobres, quatro membros do clero e vinte e seis funcionários do monarca. Das trezentas e quarenta e sete condenações à morte não foram, todavia, executadas mais do que vinte e três, o que é sinal inequívoco das dificuldades sentidas pela justiça na sua efetiva e eficaz aplicação a agentes dotados de um especial poderio. (SANTOS, 2001, p.28)

A prática medieval da tortura persiste na Idade Moderna. E é, também ela, uma aplicação diferenciada.

Numa estrutura essencialmente inquisitória, o processo só culminaria a contento mediante uma confissão de culpa (a *probatio probatissima*). (...) a prova testemunhal, secundária relativamente à confissão, obedece ainda a uma rígida hierarquia: os já condenados, os estrangeiros e as “mulheres de má vida” são desconsiderados; discutia-se ainda a possibilidade do testemunho de mulheres em geral e não se admitia o testemunho de servos contra os seus senhores. (SANTOS, 2001, 30)

Outro fator gerador de tratamentos desiguais no processo criminal, foram as várias jurisdições especiais. Os membros do clero, por exemplo, eram julgados pelos tribunais da Igreja.

Identificam-se ainda, nas Ordenações Filipinas, o alargamento das clemências régias (previstas apenas para os crimes de homicídio, nas Ordenações Afonsinas e para os de homicídio, bigamia e adultério, nas Manuelinas) que foram consagradas como regra geral. Desta forma devia-se recorrer ao monarca antes de aplicar a pena de morte a condenado nobre, sendo que aquele podia afastar tal punição.

O iluminismo revolucionou também a aplicação da justiça criminal. A atenção prestada aos direitos fundamentais do cidadão chama a debate a questão do processo criminal.

A conhecida fórmula “liberdade, igualdade e fraternidade” que simboliza a Revolução Francesa, acentua a idéia desse trabalho: a igualdade perante a lei.

Ao prescrever uma igual regulamentação jurídica para todos os cidadãos, o século das luzes, representa, se comparado com o período feudal, um enorme passo a frente.

Em matéria penal, deve-se o movimento humanista a Beccaria¹⁵, que recusava a interferência exclusiva de considerações morais na determinação dos crimes, os quais deveriam se limitar aos danos causados à tranqüilidade e à segurança pública.

As referências trazidas anteriormente, são algumas das disposições penais dos finais dos séculos XVIII e XIX. Demonstam abalos trazidos pelo pensamento iluminista ao tratamento diferenciado dos nobres.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de outubro de 1789, rejeita o arbítrio e os privilégios, concebidos, a partir daí, como parciais e vantajosos sendo injustificados e inadmissíveis.

As leis portuguesas tiveram forte influência no direito brasileiro, uma vez que eram utilizadas aqui enquanto colônia.

O Livro X das Ordenações Filipinas ficou vigente no Brasil até a edição do primeiro Código Penal em 1830, que sofreu influência das idéias européias vigentes na época: princípios liberais do Iluminismo, os quais refletem a preocupação de evitar desigualdades na aplicação da justiça penal, por isso foram adotadas penas determinadas, proibindo-se a analogia e a interpretação extensiva.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 2004, p. 24.

2 A IDÉIA CLÁSSICA DO FUNCIONAMENTO DESIGUAL DA JUSTIÇA PENAL À LUZ DOS NOVOS CONCEITOS DO CRIME DO COLARINHO BRANCO

Enquanto os primeiros estudos em torno da criminalidade de colarinho branco destacavam os privilégios daqueles agentes no seu relacionamento com a justiça, os conceitos posteriores abandonaram tal idéia, não só por considerarem incomprovadas mas, em alguns casos, contrariadas por estudos concretos.

De forma particularmente expressiva, Nelken refere que, apesar de o coração da discussão em torno do *white-collar crime* radicar na suspeição da existência de leis diferentes para ricos e para pobres, a demonstração de que a lei é discriminatória em favor dos poderosos é mais complicada do que parece. (SANTOS, 2001, p.64)

O entendimento citado anteriormente por Santos (2001) reconhece a possibilidade de manipulação das instâncias de controle por parte dos criminosos de elevado *status* social, em virtude da influência dos mesmos na elaboração das leis, na capacidade de pagar os melhores advogados e na empatia dos aplicadores da lei para com pessoas oriundas do mesmo meio social, além das dificuldades em destacar os abusos de confiança e determinar a culpabilidade dos agentes, a sutileza da vitimização e a problemática que envolve a obtenção do material probatório. A autora aponta ainda, que a ineficácia do processo e das sanções criminais são os principais responsáveis pelo diverso tratamento dos criminosos do colarinho branco.

Para Santos (2001), mesmo o fato de tais agentes, quando condenados, terem uma maior probabilidade de cumprimento da pena em liberdade – seja por força da aplicação de penas de substituição, seja em virtude das específicas formas de execução da pena – é justificado por circunstâncias não relacionadas com um tratamento privilegiado: a freqüente inexistência de condenações anteriores e o fato de não se verificar uma necessidade de ressocialização tornam menos necessário o encarceramento.

A definição de Sutherland – que restringe o crime de colarinho branco às infrações cometidas por pessoas de elevado *status* social e respeitabilidade no exercício da sua profissão – é, normalmente, acusada de esterilidade teórica e, ao levar em conta apenas os comportamentos dos poderosos no exercício de suas profissões, ignorar uma série de condutas materialmente parecidas. Santos (2001, p.67) exemplifica: “se tanto o dono do *Harrod's* como o pequeno merceiro vendem produtos igualmente defeituosos, por que merecerá o comportamento do primeiro uma qualificação não aplicável ao do segundo?” É como se o conceito de Sutherland fosse paradoxalmente discriminatório.

A autora conclui que ao vincular a análise do crime de colarinho branco no poder e privilégio dos seus agentes, esqueceu-se do estudo das características de tais crimes.

A idéia de discriminação traz um tratamento desigual para situações semelhantes. Os que caracterizam crime do colarinho branco a partir de especificidade inerentes do próprio delito e não do agente, dificilmente invocarão que há arbítrio da justiça penal em comparação aos crimes comuns, pois isso representaria uma pretensão de tratamento igualitário para realidades materialmente diferentes.

Porém, não há que se negar que as estatísticas criminais, demonstram uma incidência alta de criminalidade nas camadas pobres e uma pequena incidência nas classes economicamente mais elevada. Sutherland considera tais dados distorcidos, fato que se deve ao poder político e financeiro das pessoas de camadas sociais mais altas, que se livram da prisão e o desfecho acontece em instâncias extrapenais ao invés das cortes criminais, além de serem jurisdicionados por seus pares.

Por essa razão, segundo o sociólogo (SANTOS, 2001, p.133-135) os dados relativos à criminalidade não fazem parte das estatísticas penais. A amostra do comportamento

criminal, na qual algumas teorias estão fundamentadas, é parcial, uma vez que exclui os “colarinhos brancos”. Seria, como exemplifica Sutherland, se fossem selecionados apenas criminosos ruivos para um estudo, ao cabo do qual se chegaria à conclusão de que a vermelhidão do cabelo seria a causa do crime.

Forja-se na sociedade, dessa forma, uma espécie de “senso comum” que passa a relacionar a criminalidade exclusivamente à criminalidade convencional. (...) Hodiernamente, tal fenômeno é passível de evidente constatação: com forte provocação da mídia, relaciona-se o aumento da criminalidade nas metrópoles exclusivamente ao aumento da criminalidade convencional. Jamais, entretanto, se estrutura um raciocínio identificado com um feroz avanço da criminalidade do “colarinho branco”. Nesse específico particular, a mídia simplesmente silencia. (FELDENS, 2002, p. 135)

Como escreve Castro, “a grande miséria de Criminologia é ter sido somente uma Criminologia da miséria”.¹⁶ [grifou-se]

¹⁶ Celso Tres. **Crimes do Colarinho Branco**. Disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>. Acesso em: 13 out. 2007.

3 DO *MODUS OPERANDI* - PERFIL

Para entender a criminalidade do colarinho branco, necessário é a compreensão das características do agente do crime e os meios de sua realização, visto tratar-se de uma delinquência com aspectos sutis, mas altamente “eficientes” e complexos.

3.1 CARACTERÍSTICAS DA DELINQUÊNCIA DO COLARINHO BRANCO

“Com um bom traje se esconde uma má procedência”¹⁷.

A identificação da criminalidade com a indumentária típica ao ofício do infrator tem outras versões, a exemplo dos “*blue collar crimes*”, referindo-se aos delitos dos operários que vestem macacões azuis, e aos de cor cáqui, reportando-se aos crimes praticados por militares em tempo de guerra. Vale notar que na China, flexibilizado o socialismo, o qualificativo “*colarinho branco*” deixa de ser pejorativo, indicando profissional burocrático culto e bem remunerado.

Com um bom traje se esconde uma má procedência, já consagrara a máxima latina: “*obscurum vestis contegit ampla genus*”. A plebe considera sabido um idiota bem vestido: “*plebs bene vestitum stultum putat esse peritum*.” A veste faz o homem: “*vestis virum reddit*”¹⁸. [grifou-se]

No Brasil, a Lei nº 7.492/86, sobre os crimes contra o sistema financeiro, ficou conhecida como do *colarinho branco*. Posteriormente, com o surgimento de outras leis que tratavam de crimes com características semelhante (v.g., autores de elevado *status* sócio-

¹⁷ máxima latina: “*obscurum vestis contegit ampla genus*. Apud Celso Tres, **Crimes do Colarinho Branco** disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>. Acesso em: 13 out. 2007.

¹⁸ Jornal o Estado de São Paulo, 21.01.01 Apud Celso Tres, **Crimes do Colarinho Branco**, disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>. Acesso em: 15 out. 2007.

intelectual, sofisticação do *modus operandi*, alta lucratividade das operações – literalmente, empreendedores do crime -, organização empresarial etc.) passam, então, a receber denominação apropriada, a exemplo dos delitos contra o consumidor (Lei nº 8.078/90), ordem tributária, econômica e previdenciária (Leis nº 8.137/90, 8.176/91; arts. 168-A, 337-A do CP), mercado de capitais (art. 27 da Lei nº 6.385/76), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), crime organizado (Lei nº 9.034/95), estelionato coletivo (art. 171 do CP), e especialmente, dada a sua histórica e devastadora destruição da *res publicae*, a crônica corrupção (crimes contra a administração pública), aí incluída a improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92)¹⁹.

Com astúcia ímpar, exploração natural da boa fé das vítimas e fascinante apresentação, o criminoso do colarinho branco tem capacidade de apresentar-se “sob as vestes da licitude – ‘*homem de negócios*’ -, provido que é de uma espécie de mimetismo²⁰ delituoso, ‘*legal business*’”²¹.

De notar-se, por exemplo, que muitos dos crimes “colarinho branco”, além de exigirem, para sua perpetração, acentuada planificação organizacional, costumam ascender a níveis de danosidade e perversidade infinitamente superiores àqueles verificados na delinquência comum, residindo a iniquidade em toda a concepção legal e jurisprudencial que, desconsiderando a difusão social do dano decorrente dos efeitos mediatos protagonizados por essa categoria de infrações penais econômicas, tende a compará-las, para efeitos de recepção de benefícios, a crimes convencionais como furto, estelionato, etc., à luz de outro hipotético fator sedizentemente comum, usualmente retratado na expressão clichê “crimes não violentos”. Mais grave que essa circunstancial equiparação, entretanto, é a constatação acerca de um tratamento legal e judicial privilegiado historicamente conferido – com exceções que apenas confirmam a regra – à delinquência econômica. (FELDENS, 2002, p. 136-137) [grifou-se]

Em virtude da criminalidade do colarinho branco possuir traços peculiares, que lhe atribui certa exclusividade, os estudiosos consideram-na uma categoria específica de delitos. Algumas características tornam-se evidentes, quando comparadas à criminalidade comum. É certo que eventualmente, algum traço poderá ser comum a ambas, como o fato das duas visarem à vantagem patrimonial em detrimento de outrem.

3.2 A PERSONALIDADE DO DELINQUENTE DE COLARINHO BRANCO

¹⁹ Jornal o Estado de São Paulo, 21.01.01 *apud* Celso Tres, **Crimes do Colarinho Branco**, disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>. Acesso em: 15 out. 2007.

²⁰ Propriedade que têm certas espécies vivas de confundir-se pela forma ou pela cor com o meio ambiente, ou com indivíduos de qualquer outra espécie.

²¹ Jornal o Estado de São Paulo, 21.01.01 *apud* Celso Tres, **Crimes do Colarinho Branco**, disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>. Acesso em: 15 out. 2007.

Os criminosos do colarinho branco, segundo Sutherland, não se consideram criminosos, mas sim, violadores da lei. Frequentemente, alegram-se em seu meio pelas violações que praticam.

Como flagra Carvalho²², isso é uma das facetas mais perigosas desse tipo de criminalidade, “em face de uma tendência reveladora de uma sub-cultura de elite, consistente na aprovação dos infratores bem sucedidos, pelos demais integrantes daquele grupo social, em uma verdadeira degeneração ética.”

Normalmente tais delinquentes mostram pouca culpa, suas consciências identificam-se com a dos homens de negócio, buscam êxito a qualquer preço. Obscados pela necessidade de sucesso, suas fantasias de onipotência e riqueza, ultrapassam seu juízo. Com a base de uma estrutura de caráter narcisista, se desenvolve uma dicotomia entre o juízo prático e os sonhos de conquista²³.

Tais traços são comumente identificados nesses criminosos. A respeito do tema, Feldens (2002, p.139) traz a doutrina alemã de Mergen que delineou um psicograma, conhecido como “Psicograma de Mergen”, a respeito dessa classe de delinquentes, identificando, assim, os seguintes pontos:

materialismo: o delinvente de colarinho branco apenas concede valor aos bens materiais, apreciando os valores ideais, intelectuais ou morais unicamente como meio de enriquecer-se. Tal como o toxicômano, necessita aumentar, sem cessar, a dose da droga. Sua tensão psicológica se libera com a ganância, sendo a sua psicologia, neste sentido, similar a de um jogador; egocentrismo e narcisismo: sua personalidade não passa pelo primeiro estágio do egocentrismo, sem desenvolvimento de sua afetividade e sem abertura à vida racional. Seu narcisismo lhe faz sentir-se medida e critério dos demais, soberano e insensível a críticas; dinamismo e audácia: são dotados de um extremo dinamismo, próprio de seu caráter primário e de seu otimismo egocêntrico, que o impede de dosar os riscos. Essa vitalidade lhes outorga facilidade de persuasão; inteligência: são refinados, quiza inteligentes, mas raramente cultos. Sua inteligência é dirigida ao êxito imediato. Não são violentos, mas usam a sua inteligência contra o que seja preciso sem inibição alguma; periculosidade: em que pese observador superficial os tenha como honoráveis cidadãos favorecidos pelo destino, o certo é que a combinação de uma forte potencialidade criminal e uma grande

²² CARVALHO, Márcia Domitila Lima de, *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: 1992, p.109. *Apud* Luciano Feldens, *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*, 2002, p. 138.

²³ MIR, José Ricardo Sachís e Vicente Garrido Genovês, *Delinqüência de “Cuello Blanco”*, Madrid, Instituto de Estudos de Policía, 1987, p. 85. *Apud* Luciano Feldens, *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*, 2002, p. 138-139.

capacidade de adaptação social lhes faz um dos criminosos mais perigosos. Sua periculosidade se acentua ao ignorar todo limite ético; hipocrisia: sua imoralidade contrasta com seu papel social de mecenas e homem alentador de grandes causas; neurose: a mania de lucro provoca deficiências graves de afetividade que permite encontrar neuróticos com dificuldades de comunicação humana e com um característico comportamento sexual de impotência; carência de sentimento de culpabilidade: comparado com o delito comum, o delito econômico não provoca reação social, o que explica que o autor careça de consciência de culpabilidade²⁴. [grifou-se]

Segundo Feldens (2002, p. 140), as conclusões de Mergen baseiam-se em pesquisas pessoais, exames de processos judiciais e análise de tratamentos psicoterapêuticos. Feldens traz ainda a concepção de outros autores, que acentuam que tal psicograma tem sido muito criticado, por sua vaguidade e imprecisão, alegam ainda, que é carente de um necessário substrato e de uma verificação empírica que a embase; por outro lado, lhe sobra pré-juízos positivistas e características marcadamente neolombrosianas.

Mesmo com as críticas, é unânime o fato descrito pela teoria de Mergen, de que o criminoso do colarinho branco tem um alto grau de preparo intelectual e uma manifesta ausência de ética social e solidariedade. (FELDENS, 2002, p. 140)

Motivado por um sentimento ambicioso, individualista, cunhado pela procura incessante da vantagem pessoal, as ações ilícitas praticadas pelo delinqüente do “colarinho branco” **propiciam a privatização do lucro e a socialização do prejuízo**, pouco se lhes dando se a sociedade está ou não a absorver os efeitos deletérios de sua ação. (FELDENS, 2002, p. 140)

Interessante observação de Feldens (2002, p. 140), ao fato de que ambígua e paradoxalmente, alguns destes criminosos, reclamam ora da “presença”, ora da “ausência” do Estado.

A presença lhes desconforta quando o Estado os fiscaliza. A ausência estatal também os desanima; jamais, entretanto, no tocante às carências sociais decorrentes da inação do Estado no exercício das obrigações fundamentais frente aos cidadãos menos favorecidos, mas sim quando em questão o (não) implemento de políticas que subsidiem o negócio privado [...]. (FELDENS, 2002, p. 140)

²⁴BACIGALUPO, Silvina e Bajo Fernandez. **Derecho Penal Económico**. 2000, p. 33-35. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p 139-140.

3.3 O CRIME DO COLARINHO BRANCO E O CRIME ORGANIZADO: A COMPLEXA ESTRUTURA OPERACIONAL E A APARÊNCIA DE LICITUDE NAS AÇÕES

Sutherland, em seus estudos, apresentou outra característica em crimes desse jaez: a questão de que o crime do colarinho branco é um crime verdadeiramente organizado²⁵.

A organização protagonizada em torno dessas infrações decorre de uma planificação que expande tentáculos sobre toda ordem de fatores a ela relacionadas. Assim, desde o forte poder de influência sobre a produção legislativa, desencadeada por meio de poderosos *lobbies* atuantes junto ao respectivo poder de Estado, verifica-se uma agregação das corporações econômicas no sentido de planejar o delito de forma tal que a conduta ostente, em si, um “ar de licitude”, a fim de que em absoluto transpareça a ilegalidade. Assim, se verifica, por exemplo, no exercício de práticas colusivas, como o concerto de preços entre os concorrentes decorrente de uma ação formadora de cartéis, ou, no plano do delito fiscal, no estabelecimento de uma cadeia de operações contábeis “perfeitas”, ainda que sem lastro no mundo fático, propiciadas pelo atuar conivente de instituições financeiras. (FELDENS, 2002, p. 146-147)

Essa forma de atuação do crime de colarinho branco traz grandes efeitos no Direito Penal, especialmente quanto à materialidade do delito. A perspicácia do juiz é fator determinante, tanto no andamento da ação penal quanto para sua conclusão.

Ora, hodiernamente, na senda da sociedade e do homem, evoluiu a criminalidade. Diferentemente do que ocorre em relação ao homicídio, por exemplo, hipótese em que até mesmo um analfabeto pode atestá-lo, bastando a tanto, que tropece no cadáver estirado ao chão, nos crimes do “colarinho branco” o exame de sua materialidade exigirá uma interpretação assaz diferente daquela que se faz em torno da criminalidade comum. (FELDENS, 2002, 146-147)

Para Feldens (2002, p.147), tal complexidade influencia a legislação tendente a regular esses crimes. Adverte ainda, que se tais delitos não forem devidamente compreendidos, a imprecisão daí decorrente gera perplexidade e indefinição.

Em lição do mestre penalista Nelson Hungria (*apud* FELDENS, 2002, p. 148), que ao seu tempo antevira a modificação pela qual a criminalidade começava a passar, em

²⁵SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Crime**. New York: The Dryden, 1949. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, 2002, p. 146

processo lento, afastava-se da violência propriamente dita para fixar suas bases na fraude. Sua lição é a seguinte:

Ao invés da clandestinidade, da violência física ou da ameaça intimidativa, o agente emprega o engano ou se serve deste para que a vítima, inadvertidamente, se deixe espoliar. É uma forma *evoluída* de captação do alheio. Nos tempos modernos, a fraude constitui o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio. O ladrão violento, tão comum em outras épocas, é atualmente, um retardatário ou um fenômeno esporádico. O *cangaceiro* do sertão do brasileiro, o *brigante* do sul da Itália ou o *outlaw* do oeste norte-americano são anacronismos, resíduos de barbaria. (...) O trabuco e o punhal, sublinhavam o sinistro dilema ‘a bolsa ou a vida’, foram substituídos por um jogo de inteligência. O leão rompente fêz-se raposa matreira (...) A violência deixa sinais indiscretos ou evidentes, oferece o perigo de reação da vítima, é escandalosa e alarmante. A fraude, ao contrário, vem dentro do anel de Giges. Dificilmente se deixa identificar pela vítima, porque sabe tomar a cor da verdade, da inocência e da candura”²⁶. [grifou-se]

Outro aspecto a se levar em conta, é o de que o delinqüente do colarinho branco não enfrenta a lei diretamente, ele a ilude; ao passo que o delinqüente convencional não tem essa capacidade de ocultação. Além disso, a complexidade técnica da infração neutraliza a reação social.

²⁶ HUNGRIA, Nelson e Heleno Fragoso, Comentários ao código Penal, Rio de Janeiro, Forense, v.VII, 1980, p.164-166. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, 2002, p. 148.

4 FONTES E LIMITES À AÇÃO ESTATAL EM SEDE DE DIREITO PENAL

Em virtude da alta danosidade social provocada por crimes como o do colarinho branco, a Constituição Cidadã de 1988 mostra-se como sendo uma forte arma no combate dessa criminalidade, limitando o poder estatal quanto à elaboração de normas e aplicação das mesmas para os fins propostos na Carta Magna levando sempre em consideração a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e fraterna.

4.1 A CONSTITUIÇÃO COMO UM PARÂMETRO NORMATIVO SUPERIOR

Na hierarquia legislativa, o Direito Penal, veiculado por legislação ordinária, ocupa uma posição de segundo nível no ordenamento jurídico brasileiro. Acima dele está a Constituição Federal, com a qual deve guardar uma relação estreita.

Pode-se dizer que o Direito Penal é um potencial espelho da Constituição, pois, qualquer bem ou valor alçado a nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou lugar que ocupe na escala de valores constitucionais.

O Direito Penal deve proteger os bens jurídicos fundamentais. E o que é fundamental para a Constituição é o desenvolvimento da justiça social, dignificando o homem. A proteção exacerbada de bens jurídicos individuais,

em detrimento do bem jurídico justiça social, direito social, foge à nova ordem constitucional²⁷.

4.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETROS NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

A funcionalidade e a normatividade dos princípios que permeiam a ordem jurídica, principalmente os constitucionais é incontestável na atualidade, visto que são como mecanismos auxiliares no processo de interpretação da Constituição e do direito infraconstitucional.

A Constituição é um sistema aberto de princípios e regras. Canotilho²⁸ nos diz que

são princípios normativos, directrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocadamente conformadores (leis, actos normativos).

Ou seja, o legislador não tem carta branca para penalizar ou despenalizar condutas. Nos dois sentidos a atividade legislativa encontrará balizas constitucionalmente limitadoras desse poder, de índole formal (processo legislativo de sua formação) e de índole material (conteúdo normativo).

4.2.1 O princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana

A questão da igualdade – a que a Constituição da República atribui importância e consagra no artigo 5º, do Título relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais -, tem, desde sempre, ocupado discussões de filósofos, sociólogos, economistas, políticos e juristas.

²⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, Sérgio Fabris, 1992, p. 100.) *Apud* Celso Tres, **Crimes do Colarinho Branco**, disponível em <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>, acessado em 14 nov. 2007.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Cosntitucional**, p. 173. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 69

O princípio da igualdade possui várias vertentes. A primeira bandeira a erguer-se é a da igualdade de tratamento perante a lei, igualdade típica do constitucionalismo liberal e é dotada de generalidades. Há também, a igualdade ligada ao princípio democrático (igualdade de direitos políticos) e ainda, aquela que se exterioriza como um princípio do Estado Social (igualdade de condições efetivas, como resultado a obter através de uma ação sobre as situações de fato).

A conhecida sentença de Aristóteles, que podemos chamar de dimensão relativa da igualdade, segundo a qual o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata da diferença, permanece viva e a coadunar-se ao conteúdo político do princípio da isonomia, o qual determina que a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social a conferir tratamento eqüitativo aos cidadãos.

Tal entendimento, hoje pacífico, não deixa porém de suscitar importantes interrogações, de cuja boa solução dependerá, em rigor, a validade ou não do conceito de igualdade. É que a operatividade daquela formulação pressupõe, quer a descoberta de um critério apto a distinguir o igual do desigual, quer a compreensão do que seja um tratamento materialmente justo para o que for considerado idêntico. De contrário, tal definição relativa da igualdade aparecer-nos-á tão vazia de conteúdo como a inicialmente proposta. (SANTOS, 2001, 201 e 202)

O primeiro elemento a considerar, para traçar as fronteiras entre o igual e o desigual consiste no reconhecimento da inexistência de uma igualdade absoluta entre os pólos em comparação. Como dito anteriormente, em regra, depara-se com uma igualdade relativa. Por exemplo, quando se consideram inimputáveis os menores de 18 anos, propõe-se um tratamento semelhante para outras pessoas que igualamos em função do critério idade; não serão levadas em conta diferenças como o desenvolvimento físico, cultural ou emocional. Portanto, escolhe-se um elemento de comparação (18 anos), excluindo as inúmeras especificidades de cada um dos indivíduos, tornando o juízo de igualdade um juízo comparativo.

Proposto o critério para aferir a inimputabilidade, faz-se necessário determinar qual o tratamento materialmente justo para o conjunto de sujeitos ou de situações considerados idênticos.

Pode-se considerar como resposta a esta questão, o abandono da diferenciação entre igualdade jurídica e igualdade social.

A primeira entendida num sentido formal e a segunda concebida como atitude crítica – ou mesmo revolucionária, no sentido de se não bastar como uma observação comprometida de certa realidade, propondo-se, para além disso, altera-la – perante uma efectiva vida comum desigualitária. (SANTOS, 2001, 203)

Vários enfoques têm sido construídos para conferir tratamento igualitário aos cidadãos diante das situações de fato que o exigem. O tema jamais deixará de ter um enfoque econômico, político e ideológico.

Considerando uma grande riqueza de conteúdo, o postulado da igualdade revela-se como um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, cujos traços mais significativos seriam a igualdade na aplicação do direito e a igualdade na criação do direito, cabendo de pronto enfatizar que o princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta; para além disso, aponta para que a própria lei não possa ser editada em desconformidade com a isonomia. (FELDENS, 2002, 79)

Com a compreensão da pessoa humana e da existência dos direitos a ela inerentes, reconheceu-se ser ela um ente dotado de dignidade.

Para Kant²⁹, havia duas espécies de dignidade: a primeira delas referia-se ao fato de ser a pessoa diferente das coisas, deve ser tratado e considerado um *fim em si* e não um meio para consecução de resultados; a segunda, relativa à autonomia da condição humana, capacita a pessoa a guiar-se pelas leis que ela mesma edita. Isso quer dizer que pessoas têm dignidade e não preço como as coisas.

Esse caráter, conclui Comparato³⁰, único e insubstituível de cada ser humano, veio a demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo.

²⁹ *Grundlengung zur Metaphysik der sitten*, edição crítica da Felix Meiner Verlag, de Hamburgo, 1994, p. 51.

Apud Fábio Konder Comparato, p. 20. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p.74.

³⁰ Comparato, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1999, p. 20. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p.75.

[...] conclusão que traz consigo um enfoque igualitário, afinal, tal como em si, a dignidade está no outro, e tal como está no outro, está em si; é ao mesmo tempo universal e singular. (FELDENS, 2002, p. 75)

Tais conceitos universais sobre dignidade e igualdade deram origem a afirmações escritas em declarações internacionais e constituem a essência normativa dos direitos fundamentais das Constituições democráticas.

A igualdade está ligada à justiça social e à concretização de preceitos constitucionais para a efetivação dos direitos sociais.

4.2.2 O princípio da proporcionalidade

Cada vez mais, no ordenamento jurídico contemporâneo, é necessária a compreensão e aplicação do chamado princípio da proporcionalidade, de raízes constitucionais, em todo e qualquer ramo do direito, principalmente o direito punitivo, seja ele penal ou não. Trata-se de uma exigência do Estado de Direito para o exercício moderado de seu poder.

No direito público, especialmente no manejo de sanções que atingem direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade revela-se como de fundamental importância, pois adequa a tipicidade das condutas às descrições das normas e atenua os rigores sancionatórios abstratos.

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado a idéia de limitação do poder do Estado no século XVIII, muito embora antes mesmo desse tempo já se possa encontrar indícios de sua adoção, como desde o Direito Romano e com algum esforço interpretativo, mesmo no Direito Canônico. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. A partir daí o critério da proporcionalidade passou a compreender tanto as esferas administrativas quanto a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos³¹.

³¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Econômico, Temas de Direito Penal Econômico**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 281-282.

No século XIX, tal princípio integra, no Direito Administrativo, o princípio geral do direito de polícia, limitando assim, eventual arbitrariedade do Poder Executivo. Porém, só adquire sentido de princípio constitucional em meados do século XX, na Alemanha.

Pode-se chamar, em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade, como princípio da proibição do excesso, pois exige a análise da relação de meios e fins. Tal expressão é aplicável no âmbito do controle legislativo por questionar a adequação de seus atos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais.

Para Lopes³², o princípio da proporcionalidade exige que se faça uma análise ponderada sobre a relação entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção.

4.3 A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O que me impressiona à vista de um macaco, não é que ele tenha sido nosso passado: é este pressentimento de que ele venha ser nosso futuro. (Mário Quintana)

A Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III traz a dignidade da pessoa humana como fundamento. Um dos caminhos para chegarmos a dignidade humana é o respeito aos direitos e garantias fundamentais elencados desde o artigo 5º até o 17, conferindo assim a existência digna dos cidadãos através da justiça social.

Para efetivar tal fundamento o Estado desenvolveu no plano legislativo, tarefas para proteção dessas objetividades constitucionais, eventuais medidas que despenalizem certas condutas, podem representar uma desproteção social que pode ser chamada de *retrocesso social*, que, como tal, revela-se vedado constitucionalmente.

³² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Econômico, Temas de Direito Penal Econômico**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 284-285.

Canotilho diz que a cláusula de proibição do retrocesso social é fundamentada no princípio da democracia econômica e social. Para ele, o princípio da proibição do retrocesso social:

limita a reversibilidade dos “direitos adquiridos” (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestação de saúde), em clara violação do ‘princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural’, e do ‘núcleo essencial’ da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana³³.

Em seguida, continua Canotilho³⁴: “a violação do núcleo essencial *efectivado* justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social”. Portanto, o legislador não tem liberdade para legislar, pois estará sempre sujeito ao “*princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas anti-sociais*”, sendo que eventuais modificações em leis que direta ou indiretamente tratam desse tema (políticas sociais) “devem observar os princípios do Estado de Direito vinculativos da *actividade* legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais”.

Como vem sendo aplicada, isso é cediço, a cláusula em questão respeita mais diretamente aos direitos sociais dos trabalhadores e aos direitos de seguridade, saúde, etc., sujeitando-se, ademais, a uma série de condicionantes, inclusive de ordem contraprestacional, (...) Sem embargo, optando por fomentar – ou acender – o debate, abordamos o tema no primordial desiderato de chamar a atenção dos operadores jurídicos sobre dois aspectos que reputamos significativos: primeiro, acerca da possibilidade potencial de alargar-se o seu significado, abrangendo hipóteses que importem em um aniquilamento mediato (...) evidente do objeto protegido pelo próprio princípio (asseguração do avanço social conquistado); em segundo lugar, para a constatação de que determinada lei que se ponha a proteger determinado bem jurídico essencial, ainda que de índole criminal, pode ser qualificada como um avanço social. (FELDENS, 2002, p. 89-90) [grifou-se]

Feldens (2002, p. 90) acrescenta que “há cinquenta anos sequer se cogitava de conferir eficaz proteção jurídico-penal a interesses difusos como o meio ambiente, a ordem econômico-tributária e a regularidade do sistema financeiro” mesmo sendo sua operacionalização condição de um convívio sadio e da superação das desigualdades sociais. A tutela penal a essas categorias jurídicas traz a proteção a valores essenciais que nelas existem, como a saúde. Para ele, o Direito Penal como instrumento de proteção a bens essenciais seria

³³CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constitucionalidade**, 2001, 332, *apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 69.

³⁴Idem, *Ibidem*, p. 89.

mais uma conquista social a caminho da diminuição das desigualdades e consequentemente, resultaria num processo de dignificação da pessoa humana.

Sob esse particular ponto de vista é-nos lícito cogitar acerca de um retrocesso social em legislação que aponte para a revogação de dispositivos penais que exteriorizem essa exigível tutela a direitos fundamentais (v.g., além da vida, aqueles nitidamente identificáveis à dignidade da pessoa humana), razão pela qual uma vez mais se coloca em xeque a liberdade de conformação do legislador. (FELDENS, 2002, p. 90-91)

Mesmo sendo a cláusula de proibição do retrocesso social, aplicada diretamente aos direitos sociais dos trabalhadores e aos direitos de seguridade (art. 7º da CFRB) - sujeitos a condições ou mesmo contraprestações-, ela parece ampliativa ao Direito Penal em relação ao sentido praticado, já que eventual lei que se disponha a proteger determinado bem jurídico essencial, mesmo sendo de caráter criminal, pode ser qualificada como um avanço social; ao passo que a descriminação de atividades nocivas aos bens jurídicos essenciais, caracterizar-se-ia como um retrocesso social.

5 O BEM JURÍDICO PENAL: TEORIA E FORMAÇÃO

No Estado Democrático de Direito, a idéia de bem jurídico desempenha papel importantíssimo para a definição da função do Direito Penal e clarificar suas fontes e limites, bem como, para legitimá-lo.

Tradicionalmente, o bem jurídico é conceituado como um bem vital da comunidade ou do indivíduo que em face de sua significação social é protegido juridicamente. Feldens ensina que essa dogmática de bem jurídico foi construída no princípio do século XIX, por uma ciência penal influenciada pela teoria do contrato social, que concebia o delito como lesão a direitos subjetivos, o que levou Feuerbach, a partir de cada preceito penal, a comprovar a correlata concorrência de um direito subjetivo, titularizado por um particular ou pelo Estado, como *objeto de proteção*. Em 1888, Liszt, já constatava uma concepção de bem jurídico tendente à proteção das condições vitais da comunidade estatal, as quais o legislador penal, com legítima intervenção, transformaria em real objeto de tutela.

Feldens traz a concepção de Cunha³⁵ para quem “o Direito Penal pune condutas para proteger bens e interesses socialmente valorados como tais (na fórmula Kantiniana: limitação da liberdade por causa da proteção da liberdade)” e de Enrique Bacigalupo³⁶ que “da idéia de

³⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime**. p. 161. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, p. 51.

³⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal – Parte General**, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p.44. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, p. 51.

proteção a bens jurídicos se deduzem os limites do *jus puniendi*; quer-se dizer, os limites do Direito na criação de leis penais”.

Essa análise que se vem de fazer acerca do aspecto protetivo que envolve o Direito Penal requer, ainda, um esclarecimento, o qual, de resto, pensávamos desnecessário; entretanto, a ele recorremos no sentido de afastar interpretações porventura decorrentes da natural plurivalência dos significantes aqui trabalhados: no cerne da proteção penal está, como expressão, sentido e *ratio* do sistema, a pessoa. Esta, a destinatária (final) da tutela, valendo aqui a advertência de Ginter Jakobs, segundo o qual o Direito “no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el Derecho es la estructura de la relación entre personas”. Por tanto, conclui Jakobs, “el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa (en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona. (FELDENS, 2002, P.51-52)

5.1 DOS BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS AOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Antes de um bem (valor) ser juridicamente protegido, ele é préviamente reconhecido pela sociedade através de seus costumes, ou seja, é um fenômeno de incorporação valorativa, “de fora para dentro”.

Pressupõe-se assim, que em uma sociedade organizada essa valoração tenha sido cumprida. No entanto, em virtude das profundas alterações sociais, torna-se necessária uma análise para identificar se a normatização de novos valores tem-se mostrado adequada em sua tarefa de protegê-los e se o Direito Penal tem atendido a contento sua tarefa protetiva.

É prudente verificar que a norma penal não cria valores, mas, alinhada ao controle social – por meio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos -, os absorve através de sua positivação, como forma de protegê-los. Eduardo Novoa Monreal, anota que:

Os bens jurídicos se confundem com determinados interesses vitais individuais ou sociais, cuja alta importância faz valiosa a manutenção de um determinado estado no qual eles se conservem indenes. Seu valor se estabelece de acordo com um interesse médio que o direito leva em conta. O interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito, senão que é fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade e os indivíduos que a formam, a que se reflete em um concreto regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em certa etapa de sua história. Mas é o direito que capta e recolhe este interesse e que, elevando-o à categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar. Desta maneira, a proteção e preservação de um conjunto harmônico de bens jurídicos se converte em uma das funções principais recolhe este interesse e que, elevando-o à

categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar. Desta maneira, a proteção e preservação de um conjunto harmônico de bens jurídicos se converte em uma das funções principais do ordenamento legal e a preservação das condutas que o lesionem ou ponham em perigo com menoscabo ou acentuada perturbação do interesse social, passa a ser a missão mais indiscutível do legislador penal³⁷.

Talvez tão difícil quanto a tarefa de reconhecer e caracterizar o objeto jurídico junto ao meio social, seja a tarefa de definir a partir de qual *locus* será realizado prioritariamente a análise da missão do direito penal - se a partir de uma inspiração individualista do ser (ser enquanto ser) ou se desde uma concepção deste ser como ente de relação social, possuidor não só de direitos mas também de deveres com relação a sociedade. Essa definição será importante para, numa escala de valores, identificarmos a prevalência de uns sobre os outros, bem como o grau de proteção penal mais efetiva de cada um.

5.2 A ANTI-SOCIALIDADE DA CONDUTA COMO ATRIBUTO NECESSÁRIO À SUA CONSIDERAÇÃO JURÍDICO-PENAL

Considerando o caráter público do Direito Penal, pode-se afirmar que ele se destina a alvejar condutas de caráter anti-social e assim, admitir que toda conduta incriminada ostenta um matiz de anti-socialidade, que se exterioriza de forma imediata ou mediata. Pode-se exemplificar, quanto à forma *mediata*, com os crimes contra o patrimônio privado (furto, estelionato, etc.), situações em que a vítima é o particular (antiindividual), mas que, ainda assim, permanece a essência de anti-socialidade numa visão abrangente e remota de lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, a coletividade.

Há casos em que a anti-socialidade surge de forma mais concreta, lógica e *imediata*, que se apresenta evidente nos casos de bem jurídico coletivo (higidez das finanças públicas, progresso da economia, etc.) e correlatamente, a noção de delitos difusos (crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômica e tributária).

Ou seja, o que irá determinar se a conduta criminosa é antiindividual ou *anti-social* é a natureza do bem jurídico atingido. Porem, não se faz necessário estabelecer tal diferença, pois, como já vimos, a conduta incriminadora pode revestir-se de anti-sociedade em qualquer das hipóteses.

³⁷ MONREAL, Eduardo Novoa. **Reflexões para a Determinação e Delimitação do Direito Econômico**, Revista de Direito Penal Econômico e Criminologia, v. 33, p. 109-110, 1982. *apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difuso se Crimes do Colarinho Branco, 2002, p. 53.

Para Feldens (2002, p. 55), o que deve ficar claro “é que a orientação legislativa deve encontrar ressonância no homem como ser social, precipuamente naquilo que lhe seja mais essencial”. Segue o autor dizendo que “além da proteção à própria vida e à incolumidade física e moral do homem, deve a atividade legislativa desempenhar-se em face daquelas objetividades que se façam reconhecidamente fundamentais à própria manutenção do ser em sociedade [...]”.

Portanto, entende citado autor, que o Direito Penal, instrumento político de controle e proteção social, terá mais legitimidade quando, numa escala de valores, dedicar-se aos bens essenciais a vida do homem *em sociedade*.

5.3 O CARÁTER FRAGMENTÁRIO E SUBSIDIÁRIO (*ULTIMA RATIO*) DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE

“A pena é a ‘ultima ratio’ na garantia do mínio ético”³⁸

O Direito Penal contemporâneo, apresenta o princípio da excepcionalidade (art. 18, parágrafo único, do Código Penal)³⁹ como característica geral, e assume seu caráter *fragmentário* ao positivar os bens jurídicos que merecem *especial proteção*.

Outra característica do Direito Penal é a *subsidiariedade* em relação a outras esferas da ciência jurídica. Pode-se notar o caráter subsidiário ao considerá-lo como direito de *ultima ratio*, ou seja, ao afastar sua incidência quando determinada proteção social, revela-se passível de ser efetuada por outros meios que lhe sejam menos lesivos.

Feldens ensina que “em realidade, o princípio da subsidiariedade exterioriza-se mais como uma diretriz político-criminal do que um mandato vinculante”. Traz o entendimento de

³⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Forense, Vol. I, Tomo I, 1958, p. 52. *Apud* Celso Tres, **Crimes do Colarinho**, disponível em <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>>. Acessado em 09 set. 2007. .

³⁹ **Art. 18** do Código Penal: Diz-se o crime: I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. **Parágrafo Único:** Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Roxin⁴⁰: “em realidade torna-se uma questão de decisão político-social fixar até que ponto o legislador deve transformar fatos puníveis em ilícitos penais, e até que ponto deve deixar de fazê-lo”. Alerta, ainda, Feldens que:

a decisão política de que se cogita não reside de forma incondicionada nas mãos do legislador ordinário, o qual absolutamente não dispõe de uma liberdade irrestrita de conformação. Balizas existem, fixadas que foram pelas diretrizes concebidas na ordem constitucional instituidora do Estado Democrático de Direito⁴¹.

Tanto a fragmentariedade quanto a subsidiariedade reúnem o denominado *princípio da intervenção mínima* do Direito Penal o qual tem semelhança com o *princípio da proporcionalidade*. Feldens traz a lição da autora portuguesa, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, para quem, ao estabelecer uma relação de proporcionalidade:

dever-se-á tomar em consideração não só o grau de importância do valor a tutelar, como as consequências sociais da sua lesão – para o que terá relevância a forma de lesão – e ainda a culpa do agente e particulares circunstâncias do caso. Todos estes factores deverão influir quer no grau de antecipação da tutela, quer nas formas de lesão a penalizar, quer na escolha e medida da pena⁴².

Portanto, é necessário estabelecer uma relação entre o bem jurídico protegido e o bem atingido mediante a imposição da pena (a liberdade, o patrimônio, etc).

A proporcionalidade deve ser observada tanto no excesso da imposição da sanção quanto na ineficácia de sua incidência, situação observada em algumas modalidades de sanção penal cominadas à criminalidade econômica (vide item nº 8), visto que não cumprem com a finalidade edificada pela norma ao estabelecer a proteção a direitos fundamentais, especialmente aqueles relativos à dignidade da pessoa humana. É o que a moderna *criminologia crítica* denomina de proibição do defeito, em contrapartida à proibição do excesso. Feldens⁴³ indica a necessidade de uma análise contextual das transformações sociais

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general – Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito**. Tradução da 2.ed. alemã. Madrid: Civitas, 1992. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p 42.

⁴¹ Ob. cit. p.42

⁴² CUNHA, Maria da conceição Ferreira da, **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização**, p. 212, *apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério**, 2002, p.43.

⁴³ Ob. cit., p. 44.

ocorridas no mundo moderno, revelando-se adequada a advertência, trazida por ele, de Jeffrey Robinson:

Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais⁴⁴.

Nessa mesma perspectiva, Feldens cita Winfried Hassemer, Catedrático de Direito Penal, Sociologia e Teoria do Direito na Universidade de Frankfurt, que aborda a problemática da delinquência ambiental, organizada, econômica e tributária, enfatizando que diante de tais casos o Direito Penal, não deve funcionar como a *ultima ratio*, mas como a *prima ratio*. Vejamos:

As áreas sobre as quais se delinea a política do Direito Penal material e os instrumentos dos quais ela preponderantemente se serve são bastante esclarecedores. Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas – sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública: sobre elas aponta-se uma ‘necessidade de providências’; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas preferencialmente surgem na luz do dia os problemas de controle desta sociedade: são áreas ‘modernas’, e delas se encarrega o Direito Penal. Nestas áreas se espera a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. *o venerável princípio da subsidiariedade ou da ultima ratio do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como sola ratio ou prima ratio na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.* Os instrumentos de controle amplamente providos pelo Direito Penal são considerados adequados para emprego indiscriminado nestas áreas. Já não se trata mais de proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa⁴⁵.

Prossegue Hassemer, em tom conclusivo:

Esquemáticamente, pode-se bem traçar a diferença entre o Direito Penal do século XIX e o do final do século XX na abordagem dos problemas da causalidade e da imputabilidade. Num exame superficial (já? apenas?)

⁴⁴ ROBINSON, Jeffrey. *Apud*, Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p.44.

⁴⁵) HASSEMER, Winfried, **Três Temas de Direito Penal**, Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 47-48, *apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p 45.

evidencia-se que, enquanto o Direito Penal de outrora se ocupava de problemas do tipo ‘Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio’, atualmente tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrentes de uma decisão por escassa maioria do conselho fiscal de uma S.A., ou de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica: a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidades. Daí, certamente não é por mera coincidência que as mais atuais investigações, com altas pretensões científicas, confessadamente elegem como seu objeto a teoria da responsabilidade objetiva, e geralmente não se acanham em apresentar-se como contribuições para o progresso de um Direito Penal funcional. Este seria portanto o tipo de uma resposta adequada das ciências penais às palpáveis modificações da realidade penalmente relevante: diversificação dos instrumentos dogmáticos e aumento da capacidade sistêmica de lidar com complexidades⁴⁶.

Cabe ressaltar, que a origem do Direito Penal está vinculada à proteção da elite contra a coletividade. Agora, quando se busca democratizar o Direito Penal, fazendo-o também instrumento de proteção da coletividade contra a elite, prega-se sua inaplicabilidade. Discurso que nos reporta à máxima latina: *”Omnium custos justitia est: omnes tamen eam suae domi abesse volunt”* (A Justiça é a guarda de todos: contudo, todos a querem longe da sua casa).

Segundo nos revelam os dados históricos, o Direito Penal não existiu sempre. Seu aparecimento se dá, propriamente, no período superior da barbárie, com a primeira grande divisão social do trabalho e a conseqüente divisão da sociedade em classes e a implantação do Estado. A comunidade primitiva, baseada na apropriação comum dos meios de produção e na solidariedade indissolúvel de seus membros, não oferecia contradições antagônicas capazes de exigir que se adotassem normas penais (...) O Direito Penal somente se estrutura, quando a produção, já desenvolvida com o emprego de instrumentos de metal e da agricultura, apresenta considerável quantidade de reservas de excedentes e exige o suplemento de mão-de-obra, cindindo antiga organização gentílica, alicerçada no trabalho solidário e comum, para substituí-lo pela propriedade privada dos meios de produção e pelo trabalho escravo. Com isso se estratificou a sociedade em classes, e, por conseqüência, se criaram contradições antagônicas que deveriam, agora, ser disciplinadas por um poder central e por normas rígidas, de caráter penal, para garantir a nova ordem [...]⁴⁷.

As áreas de atuação do Direito Penal material e os instrumentos dos quais ele se utiliza, são muito esclarecedores.

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas –

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 46.

⁴⁷ WESSELS, Johannes. **Direito Penal, Parte Geral**, Sérgio Fabris Editor, 1976, p. 2, tradução do Prof. Juarez Tavares. *Apud* Celso Tres. **Crimes do Colarinho Branco**. Disponível em <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/identificaca>>. Acessado em 14 set. 2007.

sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública: sobre elas aponta-se uma ‘necessidade de providências’, nelas realiza-se a complexidade das sociedades ‘modernas’, e delas se encarrega o Direito Penal. Nestas áreas se espera a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais⁴⁸.

5.4 O PROCESSO DE “CIVILIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL: ENTRAVE A UM COMBATE EFETIVO AOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

5.4.1 A sanção penal e seu conteúdo material

Formalmente, as sanções penais estão elencadas no artigo 32 do Código Penal, que assim dispõe: “As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direito; III – de multa”.

As penas restritivas de direito, têm suas espécies contempladas no art. 43 do Código Penal, que diz:

Art. 43 – As penas restritivas de direito são:
 I – prestação pecuniária;
 II- perda de bens e valores;
 III- (VETADO);
 IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
 V – interdição temporária de direitos;
 VI – limitação de fim de semana.

No Direito Penal leva-se em conta o grau de importância do valor a tutelar, ou seja, ele protege bens jurídicos mais valiosos, por isso a necessidade de analisar se as sanções penais refletem não apenas formal, mas também materialmente, tudo aquilo que se espera de uma sanção penal. Nos dispositivos do Código Penal citados anteriormente, pode-se perceber que algumas não ostentam conteúdo materialmente penal: não expressam qualquer coerção diferente daquela imposta pela sanção civil.

Sendo as condutas que afetam o Direito Penal mais gravosas, para Feldens⁴⁹ eventual ofensa a esses bens penalmente protegidos exigiria, dentro da lógica sistemática, *“não apenas uma repulsa de ordem reparatória (indenizatória), mas algo mais acentuado, a*

⁴⁸ Apud Celso Tres. Disponível em <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/identificaca>>. Acessado em 14 set. 2007.

⁴⁹ Ob. cit., p. 183.

reprimir também de modo mais gravoso a conduta tida por criminosa” evitando que novos ataques se efetivem, concretizando, desta forma, os fundamentos de prevenção e repressão consubstanciados no artigo 59 do Código Penal.

O ilícito civil tem como consequência, em regra, o dever de indenizar. Vejamos o artigo 159 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (...)”.

Se no ilícito penal não houver uma repressão maior, não haverá qualquer diferença entre a sanção civil e a penal.

A pena privativa de liberdade é a resposta estatal mais representativa da incidência do Direito Penal. Quando aplicada é associada automaticamente à prática de um delito, embora não seja ela a única sanção revestida desse caráter. Como bem lembra Feldens (2002, p. 183), são sanções penais todas as outras sanções que:

- a) prevista na lei como tal (requisito formal);
- b) tolham ou restrinjam um bem jurídico (liberdade, patrimônio, etc.) igualmente tutelado; e
- c) que não representem, em virtude de seu conteúdo material, uma simples reprodução de sanção prevista em diversa esfera (extrapenal) da ciência jurídica (requisito material).

Desta forma, a prestação de serviços à comunidade, a limitação de fim de semana e a interdição de direitos, também assumem caráter penal. Quanto à pena de multa, além de seu aspecto econômico, deve-se lembrar que, em regra, ela vem ligada à pena privativa de liberdade, sendo assim, uma sanção a esta cumulativa e não simplesmente substitutiva. Ressalte-se que o destinatário do produto da multa é o Fundo Penitenciário (art. 49 do CP), portanto, tem caráter expropriatório, determinante da diminuição de um bem jurídico, no caso, o patrimônio.

5.4.2 A lei nº 9714/98 e as “modernas” penas alternativas

Até a Lei nº9714/98, o Código Penal brasileiro usava um critério hierárquico de penas, com base na Parte Geral do Código, em vigor desde a Lei nº7209/84, que estabeleceu, além das penas privativas de liberdade e pena de multa, as penas restritivas de direito, colocando-as no Título V (Das Penas), em posição de coerção intermediária em relação às anteriores, de forma a funcionarem como penas substitutivas (alternativas) à pena privativa de liberdade.

O que se pretende expor é a problemática de algumas espécies do gênero penas restritivas de direito introduzidas pela Lei 9714, de 25 de novembro de 1998, a qual alterou, dentre outros, o art. 44 do Código Penal, de ampla aplicabilidade aos crimes do “colarinho branco”.

Em face de tais alterações, o artigo 43 do Código Penal, que já previa como penas restritivas de direitos a limitação de fim de semana, a prestação de serviços à comunidade e a interdição de direitos, passou a ter mais duas espécies, aplicáveis aos crimes de sonegação fiscal: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
 I – prestação pecuniária;
 II – perda de bens e valores;
 III – (VETADO);
 IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
 V – interdição temporária de direitos;
 VI – limitação de fim de semana.

Feldens traz enfoque de Lenio Streck⁵⁰ que sustenta a

impossibilidade da aplicação genérica do art. 44, I, do Código Penal, a todos quantos objetivamente se enquadrem na situação nele descrita, haja vista avultar, em determinadas hipóteses de incidência, a inconstitucionalidade do dispositivo.

Preconiza Streck⁵¹, que seja efetuado um rigoroso controle de constitucionalidade – mesmo pelo sistema difuso – em torno da incidência do dispositivo sob comento, para afastá-

⁵⁰ Streck, Lenio Luiz, **As (novas) Penas Alternativas à Luz da Principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade**, p. 130-131; *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, p. 230.

lo em hipóteses como “tráfico de entorpecentes, sonegação de impostos, lavagem de dinheiro, crimes contra o meio ambiente, corrupção, crimes cometidos por prefeitos, remessa de divisas, e improbidade administrativa”. Segundo ele, a inconstitucionalidade surge em decorrência da:

violação dos arts. 3º, I, III e 4º, II, da CF, normas-programa que apontam para a construção de uma sociedade justa e igualitária, com a obrigação da erradicação das desigualdades sociais, pelas quais, à toda evidencia, crimes como evasão de divisas e sonegação de impostos, não podem ser equiparados – e nem receber o mesmo favor *legis* – a crimes como furto, apropriação indébita, etc. (aqui a violação é do art. 5º, *caput*), além da violação dos princípios constitucionais como da proporcionalidade e da razoabilidade, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal desde a década de 50⁵².

5.4.2.1 A prestação pecuniária

O artigo 45, §1º, do Código Penal, define a pena de “prestação pecuniária” como “o pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social”.

Apesar de considerada como pena, a prestação pecuniária revela-se materialmente desprovida de qualquer conteúdo penal, eis que reflete situação de simples reparação do dano, caracterizando-se como uma “sanção” de cunho cível. Fica evidente a assertiva no §1º do art. 45, que em sua parte final, dispõe que: “[...] O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

Se, por exemplo, numa hipótese de crime de sonegação fiscal, a União, atuando em paralelo na tentativa de recuperar o seu crédito, promover a ação de execução fiscal (demanda cível) contra a empresa da qual o condenado é o diretor-responsável (por meio da qual sonegou os tributos), poderá o réu abater do quantum devido o valor pago a título de *prestação pecuniária*, ou seja, a título de sanção “penal”. Em se concretizando a hipótese, a sanção que se quer de natureza criminal simplesmente esvair-se-ia na demanda cível, porque abatida seria do pagamento da dívida civil, que nada mais é do que o próprio valor indevidamente apropriado pelo acusado (ou seja, o produto do crime), acrescido dos consectários legais. Ou seja, a *sanção penal* aplicada ao réu, uma “prestação pecuniária dedutível”, seria *paga* com o dinheiro público sonegado, e ainda com limitação máxima (360 salários

⁵¹ Idem, ibidem, p. 185-186.

⁵² Idem, ibidem, p. 186.

mínimos), o que demonstra seu indisfarçável cunho ressarcitório; cível, por conseguinte⁵³.

Assim, é evidente a ausência do caráter diferenciado da sanção penal. Ademais, as penas restritivas de direito, das quais a prestação pecuniária é espécie, estão situadas, na sistemática do Código Penal, em uma situação de intermediária coercibilidade entre a pena privativa de liberdade e a de multa – esta combinada, via de regra, com a primeira. Entretanto, pela limitação de valores imposta (360 salários mínimos), ela representa uma sanção inferior à própria pena de multa, quando se tratar de crimes contra o sistema financeiro nacional ou a ordem tributária, casos em que o valor do dia-multa pode ser estendido ao décuplo (art. 33 da Lei nº7492/86 e art. 10 da Lei nº8137/90).

Além disso, o fato de reparar o dano (indenizar) já é efeito da sentença penal condenatória (art. 91, I, do Código Penal).

Observe: “Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (...)”

A doutrina especializada não hesita em admitir que a finalidade desta espécie de sanção formalmente penal é a reparação do dano. Veja entendimento de Cezar Roberto Bitencourt⁵⁴, “a finalidade desta sanção, segundo a dicção do texto legal, é reparar o dano causado pela infração penal. Tanto é verdade que o ‘valor pago’ deverá ser ‘deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

Para ele, é incabível a aplicabilidade dessa espécie de sanção penal, já que nos crimes contra a ordem tributária e o sistema financeiro nacional o que se verifica é um dano econômico. Dependendo do valor do dano causado, a sanção penal que adota um limite máximo (360 salários mínimos) fica inferior à sanção civil que, inteligentemente exige a reparação integral do dano. Só isso, já evidencia a insubsistência dessa sanção no que se destina a conferir sentido concreto à necessária função protetiva do Direito Penal, já que não

⁵³ Ob. cit., p. 187.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**, p.117. *Apud* Luciano Feldens. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, p. 188.

atende as finalidades preventivas e repressivas esperadas de uma pena (art. 59 do Código Penal).

5.4.2.2 A perda de bens e valores

A pena de perda de bens e valores está assim regulamentada, no art. 45, §3º, da Lei Penal:

A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Ao estabelecer como limite da sanção “o montante do prejuízo causado”, novamente a lei está investindo de conteúdo reparatório à sanção penal.

Percebe-se que a lei estipula como base da sanção algo que já existe como efeito de condenação: a perda do produto do crime. A propósito, vejamos o art. 91, II, *b*, do Código Penal:

Art. 91. são efeitos da condenação: (...)
II- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...]
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Feldens indaga:

há lógica sistemática em um ambiente de direito positivo que estabelece como sanção penal uma medida de gravidade idêntica ou inferior àquela que já se faz prevista, dentro desse mesmo sistema, como efeito genérico da condenação? Pode a sanção penal, materialmente considerada, situar-se em posição de inferior coercibilidade a um simples efeito da condenação penal, que sequer à categoria de pena foi originariamente erigido⁵⁵?

Pelo que se depreende do texto de Feldens(2002, p. 51), de “restritivas de direito” tais sanções têm apenas a forma e o nome, conforme pode-se compreender no comentário de

⁵⁵ Ob. cit., p. 189.

Cezar Roberto Bitencourt⁵⁶: “*nas penas pecuniárias (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores) não há ‘restrição’ a cumprir.*”

5.4.3 O art. 34 da Lei nº 9.249/95: a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e a ilegalidade constitucional da despenalização

A introdução no ordenamento jurídico pátrio, do artigo 34⁵⁷ da Lei 9.249/95 é um dos exemplos da ausência de caráter penalmente material às sanções impostas ao crime do colarinho branco: é a possibilidade de extinção da punibilidade nos crimes fiscais pelo pagamento do tributo antes da denúncia.

Salutar entendimento a respeito de tal norma é a do procurador da República Vitor Hugo Gomes da cunha, pronunciando-se logo após a entrada em vigor do referido dispositivo legal:

[...] Esta norma, de duvidoso conteúdo moral e por isso de constitucionalidade questionável [...] A regra questionada, ferindo o princípio da igualdade, cria duas costas de criminosos, a primeira constituída pela grande maioria, em regra oriundos das camadas mais miseráveis da pirâmide social, aos quais a consequência do crime é o processo penal e o provável encarceramento, e, a segunda, formada por sonegadores fiscais, logicamente egressos da classe economicamente dominante, aos quais é concedida a oportunidade de, usando mais uma vez de seu poder econômico, pagar em dinheiro pela extinção de sua punibilidade [...]. Assim, estamos diante da seguinte situação: o ladrão de galinhas será processado e julgado pelo Estado mesmo que devolva à vítima um galinheiro inteiro, enquanto que o sonegador fiscal – que prejudicou com seu ato toda a sociedade, em especial a classe economicamente mais carente, sempre dependente da situação dos cofres públicos para ver implementada a ações assistenciais

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. p. 173. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 51.

⁵⁷ Lei 9.249/95 – Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137/90, e na Lei 4.729/65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

governamentais – livrar-se-á imaculado caso devolva os valores surrupiados⁵⁸.

Os delitos patrimoniais (furto, apropriação indébita e estelionato) de lesividade inferior, em relação à espessa sonegação fiscal que fulmina objetivos do Estado Social, têm tão só diminuída suas penas, em caso de reparação do dano (art. 16 do CP).

Tal fato viola claramente o princípio da igualdade (art. 5º da CRFB), razão pela qual, diversas vezes, o Ministério Público Federal argüiu incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, porém, segundo Feldens (2002, p. 193) sempre sem êxito.

Diante de tais fatos, parece recente a lição de Beccaria, que há mais de duzentos anos anunciava: “já houve tempo em que quase todas as penas eram pecuniárias”, por isso que “os delitos dos homens eram o patrimônio do príncipe”. Em seu contexto, “o juiz era, pois, um advogado do fisco, mais que um investigador imparcial da verdade, um agente do erário fiscal mais que o protetor e ministro das leis”⁵⁹.

5.4.4 O art. 15 da Lei nº 9.964/00: o programa de recuperação fiscal (REFIS) e a suspensão da ação penal

O Programa de Recuperação Fiscal foi criado pela Lei nº 9.964/00, e prevê, além da recuperação de créditos tributários, a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referentemente aos crimes de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90), durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o sujeito ativo da infração penal estiver incluída no REFIS

⁵⁸ Manifestação lançada nos autos da ação penal nº95.15.03557-0, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Caxias do Sul/RS (fls 445-447). *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, p. 191.

⁵⁹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, 2004, p. 100.

(art. 15)⁶⁰. Além disso, a lei prestou-se a extinguir a punibilidade quando a pessoa jurídica efetuar o pagamento dos “débitos” que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento⁶¹.

O que a lei trata por “débito” é o *produto da infração penal*, ou seja, os valores sonegados ao fisco.

Para além dessa incongruente equiparação, o legislador ordinário houve-se de forma a legitimar o imponderável, o que seja, o sonegador de tributos toma dinheiro público à vista e, mediante simples “adesão” ao “programa”, tem suspenso o processo criminal contra si instaurado se tratar de devolver, “a prazo”, o que surrupiou dos cofres públicos. Deveras, a teor do enunciado legislativo, o processo se manterá paralisado enquanto adimplida as prestações fixadas em parcelas “a perder de vista”, estabelecidas em no máximo 1,5% do faturamento da empresa (art. 2º, §4º, II, “d”). Tal circunstância, por igual, tornou-se fator estimulante ao prosseguimento da sonegação, pois quanto menor o faturamento declarado, menor será a prestação devida; consequentemente, maior o prazo de suspensão da ação penal. (FELDENS, 2002, p. 201)

Neste estudo o enfoque não é o REFIS, mas sim, demonstrar a aproximação da sanção penal às sanções civis quando o crime tratado é do colarinho branco. Para Feldens (2002, p. 201) trata-se de manifesta anistia disfarçada, já que nem à moratória se assemelha, já que esta exige a definição de um prazo e duração do favor (art. 153, I, do CTN). No REFIS tal prazo não existe⁶².

Esse privilégio do interesse individual faz com que a ordem econômico-social seja minúscula em relação ao patrimônio privado, comprometendo assim, a proteção constitucional de bens jurídicos coletivos/difusos, fomentando a injustiça social tão rechaçada pela Constituição.

⁶⁰ Lei 9.964/00 – Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, e no art. 95 da Lei 8.212/91, durante o período em que a pessoa jurídica estiver relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

⁶¹ Art. 15 [...] §3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente, efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto da concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

⁶² “A título de ilustração, o Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul já diagnosticou situação em que a ação penal será suspensa por 747 anos. Outros há em que o *prazo de suspensão transcende um milênio*”. (FELDENS, 2002, p. 201)

6. VIOLÊNCIA NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO E PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A par das discussões sobre o cabimento ou não da pena privativa de liberdade em casos de crimes do colarinho branco, vale dizer que o esforço de raciocínio deveria advir da seguinte pergunta: por que motivo para esses crimes ou réus não se enquadra a pena privativa de liberdade? Não há outra resposta se não a de que tal sanção é adequada por se tratar de uma imposição lógica, pois decorre da prática de uma infração penal.

Entretanto, quando associada à pena privativa de liberdade aos crimes do colarinho branco, surge uma reação contrária de muitos operadores jurídicos, alegando desnecessidade de tão “precipitada medida”, argumentando-se que são inadequadas a essa espécie de criminalidade, pois existem, no Código Penal, outras sanções “mais eficazes” para seu combate. Outra argumentação sustenta que esses delitos não conteriam violência nem grave ameaça à pessoa, descabendo assim, a aplicação de sanções penais severas, e há ainda quem ataque o próprio instituto da prisão por não ostentar o caráter ressocializador.

De fato, já houve quem, profligando o almejado tratamento igualitário, tentasse fazer acreditar que para o delinqüente do colarinho branco a sanção que atenderia com maior eficácia às finalidades da pena, a dissuadi-lo – e também aos demais – da prática delituosa, seria a sanção de índole pecuniária, porque a atingi-lo naquilo que – dizem – lhe seria mais caro: o patrimônio pessoal. Ingênua, para dizer o menos, essa concepção. (FELDENS, 2002, p. 229)

Interessante é a observação de Bajo Fernandez e Bacigalupo⁶³ quanto a concepção de que a sanção de índole pecuniária atende com maior eficácia às finalidades da pena; segundo o autor, ela é ingênua, pois na prática o que se percebe é que o delinquente econômico prevê com exatidão seus riscos e se preocupa em pôr a salvo seu patrimônio para evitar os efeitos de uma condenação civil ou penal.

Com relação ao argumento de que os crimes do colarinho branco não são violentos, Feldens (2002, p.229-230) traz uma análise comparativa que se retira de uma realidade que lhe é muito próxima já que é Procurador da República no Rio Grande do Sul. Em investigação (em andamento quando da publicação de seu livro em 2002), levada a efeito pelo Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, verificou-se que em 1998 transitaram pelas contas-correntes de apenas 15 pessoas físicas o montante superior a 10 bilhões de reais, sem que um real tenha sido declarado. Em um cálculo virtual, supôs-se que esse dinheiro tivesse sido tributado na pessoa física (IRPF), o resultado da operação seria capaz de pagar um salário mínimo para 1.410.000 (um milhão, quatrocentos e dez mil) trabalhadores deste país, durante 35 (trinta e cinco)anos.

De acordo com levantamento feito pelo Ministério da Previdência Social - divulgado em 29/10/2007, com base em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad)⁶⁴, do IBGE - a quantidade de brasileiros que vivem em famílias em que cada um dos membros ganha menos de R\$ 175 mensais foi de 57,8 milhões no ano passado – 31,5% da população do Brasil. Caso fosse excluída a renda das aposentadorias, pensões, auxílios e da Lei Orgânica de Assistência Social (Loas), o número de brasileiros abaixo da linha da pobreza aumentaria para 79,7 milhões – 43,5% dos habitantes.

O Brasil ocupa a nona posição no ranking de países com maior taxa de analfabetismo da América Latina e do Caribe. A pesquisa mostra que a taxa de analfabetismo brasileiro (11,1%) é superior a media dos países da região (9.5%). O levantamento elaborado pela Cepal (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe) toma como base em estimativas da população de 15 anos ou mais em áreas urbanas da América Latina e do

⁶³ FERNANDEZ, Bajo, Miguel; Bacigalupo, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, p. 62. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, p. 229

⁶⁴Disponível em <<http://www.fomezero.gov.br/noticias/previdencia-e-assistencia-social-retiraram-21-9-milhoes-de-brasileiros-da-pobreza-em-2006>>. Acessado em 13 jan. 2008.

Caribe. A Pnad⁶⁵ aponta que em 2006 o Brasil tinha 14,9 milhões de pessoas que não sabiam ler e escrever.

A Folha On Line⁶⁶ trouxe a seguinte matéria em 21 de março de 2006: “Foi negado nesta terça-feira pela 23ª Vara Criminal de São Paulo o pedido de liberdade provisória movido em favor de Angélica Aparecida de Souza Teodoro, 18, presa em São Paulo desde novembro de 2005 sob acusação de roubar um pote de manteiga no valor de R\$ 3,20”.

Tem-se também, como resultado da Pnad/2006⁶⁷ que quase 30% das moradias brasileiras não têm serviço de rede de esgoto.

As situações acima expostas podem facilmente ser relacionadas com a criminalidade do colarinho branco, uma vez que o recolhimento de tributo pelo Estado, não tem como finalidade apenas a cobertura de despesas públicas, como por exemplo a folha de pagamento do funcionalismo, mas também atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem estar de todos (art. 3º da CF). Assim, se existir sonegação de tributos, os objetivos não serão alcançados, e a agressão de tais objetivos, caracteriza-se como uma real violência...

Singular o discurso de Lênio Streck:

O conceito de violência aceito pela doutrina tradicional (violência física *stricto sensu* é metafísico- objetificante. Por isto, em termos de relação social, mergulhando no rio da história, violência é/poderia ser também a violência simbólica, a violência reflexa; a violência social, a violência da omissão, a violência da exclusão social, e assim por diante... poder-se-ia perguntar, finalmente, se alguém tem dúvida de que o crime da sonegação fiscal de impostos causa mais violência e morte do que um crime de lesões corporais ou até mesmo de crime de roubo⁶⁸?

⁶⁵ Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u332044.shtml>>. Acessado em 13 jan. 2008.

⁶⁶ Disponível em <<http://www.inesc.org.br/equipe/jairb/noticias-do-inesc/setembro-2007/quase-30-dos-domicilios-brasileiros-nao-tem-rede-de-esgoto-mostra-pnad>>. Acessado em 12 dez. 2007.

⁶⁷ Disponível em <<http://www.inesc.org.br/equipe/jairb/noticias-do-inesc/setembro-2007/quase-30-dos-domicilios-brasileiros-nao-tem-rede-de-esgoto-mostra-pnad>>. Acessado em 12 dez. 2007.

⁶⁸ Streck, Lenio Luiz, **As (novas) Penas Alternativas à Luz da Principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade**, p. 130-131. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p.230.

Verifica-se ainda, atribuir a oposição de prisão aos criminosos do colarinho branco ao argumento de que a prisão não ressocializa.

Ora, primeiramente, ainda que consideremos ser função da pena privativa de liberdade a ressocialização do apenado, o que de resto é extremamente discutível, tenhamos em conta não ser essa a sua missão exclusiva, ou mesmo principal, haja vista despontarem, do sistema do Direito Penal positivo, a prevenção e a repressão como finalidades diretas da pena (art. 59 do CP). Por segundo, o certo é que o delinquente do colarinho branco não estaria a necessitar, propriamente, de “ressocialização”. “Socializado” ele já é/está. “Supersocializado”, talvez. Deveras, como observa percucientemente Marcelo Neves, podemos bem constatar a existência, no Brasil, de duas espécies de pessoas: “o sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o integrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso”⁶⁹.

Além disso, alerta Molina⁷⁰, se a pena não ressocializa, ela não ressocializa ninguém. Por que, então há de merecer um regime discriminatório especificamente o delinquente de colarinho branco?

Bom é lembrar que o tema deve ser analisado tendo como referência a finalidade da pena: prevenção geral e especial e retribuição (art. 59 do CP).

De fato, possuímos exemplo concreto quanto ao atendimento dessa finalidade preventiva no Rio Grande do Sul. No exercício seguinte àquele em que se verificou uma atuação mais contundente no combate aos crimes contra a ordem tributária no âmbito da Circunscrição Judiciária de Caxias do Sul/RS (1999) – alguns dos casos foram os que acima referenciados –, a Delegacia da Receita Federal daquela localidade identificou um incremento de 35% na arrecadação tributária federal. (FELDENS, 2002, p. 233)

Na lesividade provocada por tais infrações, que afrontam bens jurídicos coletivos, percebe-se outra incidência da norma penal, a justificar sua tutela de forma mais incisiva: a culpabilidade do agente. A culpabilidade, no dizer de Mirabete⁷¹ é a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica, é então, a reprovabilidade da conduta o norte do sistema da desaprovação penal. Pelas características do criminoso do colarinho branco (“educado”, culto, inteligente, influente em seu meio social), acredita-se possuir ele condições de compreender a ilicitude que pratica.

⁶⁹ Ob. cit., p. 232.

⁷⁰ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Reflexiones criminológicas Y político-criminales ...** p. 565 *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público** 2002, p. 233.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 2004, p. 195.

Demais disso – e talvez aqui resida o óbvio não desvelado -, não se pode desconsiderar que pela lesão que causam ao Estado Social, notadamente ao impedirem a execução de políticas públicas primárias, são justamente os grandes crimes financeiros, pode-se dizer sem pestanejar, aí incluída a corrupção e a malversação de dinheiro público – as quais gize-se, devem receber idêntica forma de reprimenda -, a grande *fonte da chamada criminalidade violenta ou criminalidade baixa*. Tais delitos fomentam a desigualdade social que a Constituição pretende eliminar, bem assim engrossam a lamentável estatística da impunidade. Essa concepção basilar da vedação à discriminação foi o que levou, dentre tantos outros, García-Pablos a não compartilhar da tese de quem se opõe à aplicação da sanção privativa de liberdade a essa criminalidade invocando as características e excelências de um suposto “tipo de autor”, digno de especial proteção Afinal – dizemos nós -, quem está a merecer especial proteção é o grave bem jurídico tutelado, e não o seu violador. (FELDENS, 2002, p. 234)

Alessandro Baratta acrescenta posição clara a respeito do que estamos a tratar:

Da crítica do Direito Penal como direito desigual derivam consequências analisáveis sob dois perfis. Um primeiro perfil refere-se à ampliação e ao reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica etc. Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada. Trata-se, ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos⁷².

Pelo exposto, faz-se coro aos defensores da criminologia crítica: Direito Penal Mínimo? Penas “alternativas”? Claro que sim, mas não para o crime do colarinho branco, pois, como crimes tão maléficos e anti-sociais que são, merecem sanções mais graves, como a pena privativa de liberdade.

Interessante é a referência feita por Feldens ao magistério de Cezar Roberto Bitencourt, por sua notável doutrina sobre a falência da pena de prisão e a exceção justificável, no tocante a aplicação de tal pena, nos casos da delinquência econômica. Vejamos:

Para a proteção da chamada “ordem econômica estrita” – assim entendida aquela dirigida ou fiscalizada diretamente pelo Estado – foram criados os crimes fiscais, crimes monetários, crimes de contrabando, crime de concorrência desleal, os chamados crimes falimentares. Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios

⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, 1999, p.202. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, P. 235.

irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis. É inegável que para a prevenção e repressão de infrações dessa natureza se justifica a utilização de graves sanções, inclusive privativas de liberdade⁷³.

Em uma análise feita por Luiz Flavio Gomes⁷⁴, sobre penas alternativas e a massa carcerária brasileira constatou-se que no Brasil, gastam-se em média quinhentos reais por mês, com cada um dos 45 mil presos não violentos, cujos delitos cometidos causaram um prejuízo de mais ou menos cem reais cada um.

De fato, não tem o menor cabimento. Entretanto, enquanto aquelas 45.000 (quarenta e cinco mil) pessoas definhavam nas prisões, em apenas 3 (três) dos vários casos de sonegação fiscal verificados no Rio Grande do Sul que redundaram em condenação de índole criminal, o prejuízo atingiu facilmente os R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), o equivalente, na época, a mais de 830.000 benefícios previdenciários de valor mínimo. Esses três sonegadores estão soltos, ao contrário daqueles 45 mil “criminosos”, os quais, juntos, promoveram um prejuízo econômico equivalente a 4,5% daquele protagonizado pela ação dos três sonegadores. (FELDENS, 2002, p.237)

Essas informações remetem à inteligência de Aníbal Bruno⁷⁵: “O critério para medir a responsabilidade penal do agente não é a sua intenção, nem a gravidade do seu pecado. Será apenas o dano que do seu crime resulte para a sociedade”.

No Brasil, conforme bem observa Marcelo Neves⁷⁶, tem-se duas espécies de pessoas: “*O sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso*”.

Kuntz, traz em seu ensaio denominado “A Redescoberta da Igualdade como Condição de Justiça”, no qual, adverte que as garantias fundamentais se operam como liberdades burguesas:

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ^a3,v.11, São Paulo, p. 126, 1995. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 236.

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**, 2ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p.97. *Apud* Luciano Feldens **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**,. 2002, P. 237.

⁷⁵ BRUNO, Aníbal, **Direito Penal**, Forense, 1978, Tomo I, p. 96. *Apud* Celso Tres. **Crimes do Colarinho Branco** Disponível em <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/identificacao>>. Acessado em 14 dez. 2007.

⁷⁶ NEVES, Marcelo. *Apud* Celso Tres. **Crimes do Colarinho Branco**. Disponível em <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/identificaca>>. Acessado em 14 dez. 2007.

excelentes para quem podem alcançá-las. Difícil, porém, é explicar sua importância a quem da cidadania só tem o título de eleitor, porque mal sabe ler, não ganha para alimentar a família, não tem carteira assinada e só interessa à Justiça quando se transforma em réu⁷⁷.

⁷⁷ KUNTZ, Rolf. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. José Eduardo Farias (organizador). São Paulo, Malheiros, 1998, p. 155. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. 2002, 237-238.

7 A IMPUNIDADE E O TRATAMENTO PRIVILEGIADO CONCEDIDO À CRIMINALIDADE DO COLARINHO BRANCO

“la ley, con su mayestática igualdad, prohíbe lo mismo al rico que al pobre dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan”⁷⁸.

Esse tópico é iniciado com a citação de Anatole France, em virtude da forma dramática e irônica com que ele se refere à igualdade da lei, visto que a máxima aristotélica adverte sobre a necessidade de se levar em conta – para se chegar a igualdade – a medida das desigualdades. Ora, qual rico irá dormir debaixo da ponte, mendigar nas ruas ou roubar pão? No mesmo sentido: qual pobre utilizará o sistema financeiro, tributário, econômico, ou sua situação “privilegiada” para cometer atos ilícitos?

Essa desigualdade de tratamento, marcada por um funcionamento de justiça penal altamente seletivo, foi o que levou Alessandro Baratta a construir sua Teoria da Mínima Intervenção Penal, uma vez que o sistema mostra-se:

Dirigido quase exclusivamente contra as classe populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como é evidenciado pela composição da população prisional, apesar de os comportamentos socialmente negativos estarem distribuídos por todos os estratos sociais e de as violações mais graves dos direitos humanos ocorrerem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte das organizações estaduais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais⁷⁹.

⁷⁸ FRANCE, Anatole. *Apud* Antonio Garcia Pablos de Molina, **Problemas Actuales de la criminología**. p.183. *Apud* Luciano Feldens. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 150.

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Principios del Derecho Penal Mínimo*, *In Doctrina Penal*,. ano 10, 1987, p. 623-625, *apud* Claudia Cruz Santos, **O Crime do Colarinho Branco, a (Dê)Igualdade e o Problema dos Modelos de Controle**, *in Temas de Direito Penal Econômico*, Roberto Padoval (org.), 2000, p.215.

Baratta, em seu ensaio denominado “Marginalidade Social e Justiça”, reflete sobre o que intitula “teoria de todos os dias”, a qual os juízes tendem a aplicar na “reconstrução judicial da verdade”. Observe:

Pesquisa empírica tem ilustrado as diferentes atitudes avaliativas e emotivas de juizes diante de pessoas pertencentes a diferentes classes sociais. Estas atitudes levam os juizes, inconscientemente, a uma tendência para fazer julgamentos diferenciados segundo a classe social do acusado e relativos ao elemento subjetivo do crime (dolo, negligência) e ao caráter sintomático do crime, até onde considera a personalidade (prognose da futura conduta do acusado), e assim também a individualização e mensuração da sanção penal. A distribuição das definições criminosas é claramente influenciada pela diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência de parte dos juizes de esperar comportamento em conformidade com a lei de indivíduos pertencentes às classes média e alta, e comportamento bastante contrário de indivíduos pertencentes, às classes mais baixas. Quanto aos crimes contra a propriedade, a prevalência destas duas tendências opostas referentes à extração social do acusado tem sido mostrada. Mesmo em uma matéria tão socialmente neutra, como acidentes de trânsito, tem sido observado que existe uma correlação entre a avaliação da culpa e as circunstâncias atenuantes e a posição econômica do acusado⁸⁰.

Referida seletividade levou Zaffaroni⁸¹ a afirmar que o sistema penal, apesar do discurso jurídico oficial apontar para outro sentido, “*se dirige casi siempre contra ciertas personas mas que contra ciertas acciones*”.

Na mesma linha, denuncia Baratta:

O mito da igualdade se expressa em duas proposições: a) o Direito Penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas causadas aos bens essenciais, em relação aos quais todos os cidadãos tem igual interesse; b) a lei penal é igual para todos, isto é, os autores de comportamento anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas têm a ‘chance’ de converter-se em sujeitos do processo de criminalização, com as mesmas consequências. As proposições que sintetizam os resultados da crítica são exatamente opostas: a) o Direito Penal não defende todos e tão-somente os bens nos quais têm igual interesse todos os cidadãos e, quando penaliza as ofensas dos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminosos aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles. A crítica dirige-se, pois, ao mito do Direito Penal, como direito igualitário por excelência e mostra que o Direito Penal não é menos desigual que outros ramos do direito burguês e

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. **Marginalidade Social e Justiça**, Revista de Direito Penal, nºs 21 e 22, Rio de Janeiro, Forense, p. 13, 1976. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco- por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 151-152.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal: Parte General**, 6 ed., Buenos Aires, 1991, p. 32. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 152.

que, ao contrário do que aparenta, é, pelo contrário, direito desigual por excelência⁸². [grifou-se]

Nos dizeres de Ela Wiecko Volkmer de Castilho, relativos à seletividade do controle jurídico-penal, é observado o seguinte:

A seleção é um fato inquestionável, tanto na criminalização primária quanto na secundária. Nesta última, os estudos evidenciam que a variável independente mais importante é a posição ocupada pelos indivíduos na escala social (...) No Brasil, o último Censo Penitenciário publicado admitiu expressamente a seletividade do sistema penal, pois 95% dos presos eram pobres e 75.85% só dispunham da assistência judiciária gratuita⁸³. [grifou-se]

Tem-se ainda, a *síndrome de circunstâncias*, de García-Pablos⁸⁴, que pesa sobre a criminalidade econômica, o que torna praticamente impossível sua punição se comparada à criminalidade convencional.

A imagem do autor do delito, em casos tais, longe de ostentar os predicativos que só se fazem relacionados à massa carcerária – pretos, pobres e prostitutas -, faz-se acompanhada de uma excelente tarjeta de presentación. O delinqüente sabe apresentar-se e oferecer aos demais uma imagem favorável de si mesmo, aproveitando su prestigio, su honorabilidad y su influencia (Garcia-Pablos *apud* Feldens, 2002, p. 155). De fato, são várias as circunstâncias que fomentam a impunidade em delitos desse jaez. Além das que acima apresentadas, mas a elas de alguma forma relacionáveis, García-Pablos refere-se a outras três, as quais denomina: a) técnicas de neutralização; b) insuficiência de legislação material e processual e c) falta de uma decidida vontade política dos poderes públicos para prevenir, controlar e castigar essas práticas delitivas. (FELDENS. 2002, p. 155) [grifou-se]

Técnicas de neutralização, segundo o autor, é o conjunto de estratégias utilizado pelos “formadores” de opinião pública e os poderosos meios de comunicação de massa dirigidos a esconder, dissimular ou desculpar certos comportamentos danosos à sociedade, de forma sutil e sofisticada, normalmente através da manipulação da imagem ou da linguagem. Focar a atenção sobre fato específico, ou desviá-la, estão compreendidos nessa tática.

⁸² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Política**. p.10. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 152-153.

⁸³ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**, 1998, p. 45-46. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 153-154.

⁸⁴ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Problemas Actuales de la Criminología**. p. 178. *Apud* Luciano Feldens, **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**, 2002, p. 155.

Feldens alerta ainda, quanto ao fato das relações sociais entre os aplicadores do direito e a camada social mais favorecida.

[...] outro importante aspecto: o fato de que, via de regra, os delinquentes do “colarinho branco”, ao contrário dos delinquentes de rua, participam dos mesmos *locus* sociais de lazer e entretenimento daqueles que haverão de processa-los e julga-los pelas práticas de seus crimes (os operadores jurídicos), circunstâncias a contribuir, *per si*, para que não sejam estigmatizados como autênticos delinquentes que são.

Deveras, ambos freqüentam os mesmos restaurantes, clubes esportivos, teatros, eventos culturais, praias e hotéis; têm seu filhos matriculados nas mesmas escolas, amigos comuns, e isso quando não provêm de uma mesma origem familiar ou pertencam, um ou outro, à família de algum de seus muito próximos. (FELDENS, 2002, 156) [grifou-se]

Essas afirmações, segundo Feldens (2002, p. 156), indicam a forma sutil em que a conduta delituosa do criminoso do “colarinho branco” assume ares de candura e acaba instalando-se na consciência do operador do Direito, que a considera, se não como um modelo de comportamento, como “uma mera adversão legislativa, de resto não desejável, mas cuja invisibilidade física e imediata do dano dela decorrente o proíbe intimamente de compará-la a crimes graves [...]”

Afirma Feldens (2002, p. 157), ser daí a prática “natural” de diferenciação no tratamento. Para ele o que sustenta esse tratamento privilegiado não é a lei – em alguns casos, até poderá sê-lo-, menos ainda a Constituição, cujos aportes valorativos permitiriam sim, um tratamento distintivo, mas em desfavor, jamais em prol da delinquência do “colarinho branco”.

Feldens observou algumas decisões muito ilustrativas sobre o assunto ora abordado. Observe os três casos constantes no anexo deste trabalho.:

CONCLUSÕES

I – Para uma melhor compreensão da criminalidade relacionada ao colarinho branco e averiguação de eventual existência de desigualdade no tratamento da justiça penal, foi necessário delimitar o próprio conceito, construindo, mediante essa delimitação, a autonomia de tal categoria criminosa. Contudo, não foi possível determinar rigorosamente as fronteiras desse crime, uma vez que estas permaneceram imprecisas. Não obstante, o estudo contribuiu para evidenciar e esclarecer aspectos que constituem seu núcleo central. Trata-se das características do agente, sendo que o conceito não deve prescindir deste seu original contorno subjetivo centrado no *status* social do infrator, sob pena de o esvaziar da sua própria finalidade.

II - O contorno subjetivo não impede de reconhecer o interesse de uma análise dos aspectos objetivos (modo de execução e a danosidade social provocada) relacionados com aquela criminalidade. A apreciação de tais características será importante para a compreensão do crime do colarinho branco e conclusões que possam levar ao seu controle.

III – O Direito Penal, instrumento de proteção ao bem jurídico, tem um compromisso com a tutela dos valores fundamentais da sociedade consagrados na Constituição. Porém, há muito insiste em oferecer sanções unicamente às camadas sociais inferiores ligadas à denominada criminalidade de rua/comum. Tal seletividade penal deve-se a um tratamento legislativo e jurisdicional que, historicamente tem privilegiado e salvaguardado os poderosos, transformando-se, dessa forma, num dos pilares da crise do Direito Penal que, a seu modo, sofre com o moderno desafio da inclusão.

IV – Um dos meios para enfrentar o desafio da inclusão é a necessidade de reformulação do paradigma operacional do Direito Penal através de uma fundamentação constitucional que Feldens (2002) denomina como “interpretação constitucional do Direito Penal” ou “constitucionalização do Direito Penal”, fenômeno através do qual a atividade sancionatória concentra-se, à vista da teoria do bem jurídico, nos crimes que colocam em xeque os fundamentos (cidadania e dignidade da pessoa humana) e objetivos (construção de uma sociedade justa, livre e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização social e reduzindo as desigualdades sociais) da República, conforme artigos 1º e 3º da Constituição democrática de 1988.

V – Nesse compasso, é fundamental reconhecer a evolução da nova criminalidade, marcada por lesões não apenas a bens jurídicos individuais, mas a direitos difusos e coletivos, dentre eles a ordem econômico-tributária e a regularidade do sistema financeiro, em suas finalidades de assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CRFB) e de servir aos interesses da coletividade (art. 192 da CRFB).

VI – Enquanto o ideal igualitário da justiça penal não desponta da lei, cabe aos operadores do direito tal missão. Para isso, requer uma posição mais interativa, comprometida com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, rompendo, assim, com velhos paradigmas teóricos, próprios de uma dogmática tradicional, ligados ao atendimento de uma criminalidade clássica de cunho individualista, que há muito se mostra incapaz de solucionar os conflitos penais coletivos, próprios da sociedade moderna. Prega-se, assim, uma atuação dos operadores jurídicos compatível com o Estado Democrático de Direito, enquanto instituidor de direitos sociais, coletivos e difusos, e de mecanismos que garantam sua exequibilidade e respeitabilidade.

VII – Assim, os crimes do colarinho branco são aqueles que, juntamente com outros delitos atentatórios à vida, a liberdade e à dignidade da pessoa humana, externam uma lesão real e não apenas potencial, razão pela qual, quando evidenciada, merece especial reprovação, devendo receber as mais severas sanções do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **O caseiro e a cara de prontuário: o risco de identificar bandidos pelo estereótipo da aparência.** Revista jurídica Consulex n. 221, 31 mar. de 2006.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Seletividade da norma penal.** Revista jurídica Consulex n. 226, 15 jun. de 2006.

BALERA, Wagner. **Justiça social: direitos de solidariedade configuram cidadania mundial.** Revista Prática Jurídica n. 47, 28 fev. de 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

BRANCO, Paulo Castelo e Vera Castelo Branco. **Crimes contra a ordem tributária.** Revista jurídica Consulex n. 208, 15 set. de 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Criminosos da era eletrônica.** Revista jurídica Consulex n. 233, 30 set. 2006.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **“Roubo” de um pote de manteiga e o princípio da irrelevância penal do fato.** Revista jurídica Consulex n. 224, 15 maio de 2006.

_____. **Teoria constitucionalista do delito.** Revista jurídica Consulex n. 218, 15 fev. de 2006.

_____. **Uso de algemas e constrangimento ilegal.** Revista jurídica Consulex n. 241. 31 jan. de 2007.

HARADA, Kiyoshi. **O “mensalão” dos parlamentares é tributável.** Revista jurídica Consulex n. 220, 15 mar. de 2006.

JUNKES, Maria Bernadete; SANTOS, Maria Lindomar dos. **Trabalhos acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los.** Rolim de Moura/RO: D’press Editora & Gráfica Ltda-ME, 2007.

LIMA, Teófilo Lourenço de. **Manual básico para elaboração de monografia.** [3. ed.] Canoas: Editora da ULBRA, 2002

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico, temas de direito penal econômico.** São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As amarras legais no brasil.** Revista jurídica Consulex n. 244, 15 mar. de 2007.

_____. **As instituições em frangalhos.** Revista jurídica Consulex n.228, 15 jul. de 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: Parte Geral.** [21. ed.] São Paulo: Editora Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. **A realidade do combate ao crime organizado.** Revista jurídica Consulex n. 244, 15 mar. de 2007.

PADOVAL, Roberto (Organizador). **Temas de direito penal econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SILVA, Paulo Cezar. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais da lei 7492/86.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Crimes de sonegação fiscal: extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.** Revista jurídica Consulex n. 233, 30 set. de 2006.

TRES, Celso. **Crimes do colarinho branco.** disponível em <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro>, acesso em: 12 jan. 2008.

Biblioteca on line <<http://www.fomezero.gov.br/noticias/previdencia-e-assistencia-social-retiraram-21-9-milhoes-de-brasileiros-da-pobreza-em-2006>>. Acessado em 13 jan. 2008.

Biblioteca on line <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u332044.shtml>>. Acessado em 13 jan. 2008.

Biblioteca on line <<http://www.inesc.org.br/equipe/jairb/noticias-do-inesc/setembro-2007/quase-30-dos-domicilios-brasileiros-nao-tem-rede-de-esgoto-mostra-pnad>>. Acessado em 12 dez. 2007.

ANEXOS

Caso 1. Crime de sonegação fiscal: interpretação abrandada sobre a incidência da circunstância judicial antecedente (art. 59 do CP)

Caso que trouxe significativa repercussão no Rio Grande do Sul foi a prisão de um empresário proprietário de uma indústria de calçados (...), bem assim de seu diretor-financeiro, pela prática do crime de sonegação fiscal fraudulenta (art. 1º, I, da Lei nº 8137/90), patrocinada mediante a utilização de *notas fiscais frias*, as quais foram projetadas sobre o resultado financeiro da empresa, alterando-o significativamente.

Condenado em primeira instância, o réu apelou ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual, em aprofundado acórdão, não apenas confirmou a sentença condenatória como deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal para o fim de aumentar-lhe a pena, fixando-a em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias, em face do *reconhecimento do grave dano causado à coletividade pela ação delituosa* (art. 12, I, da Lei nº 8137/90), a qual importou um montante global superior a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Julgadas as apelações das partes, a Corte Regional expediu carta de sentença⁸⁵, a fim de que o juízo *a quo* promovesse a execução da sanção privativa de liberdade.

Passando longo tempo sem que a decisão fosse executada, sobreveio a Lei nº 9.714/98, a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito *desde que* fossem implementados os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, consubstanciados no artigo 44 do Código Penal.

Em face da novel legislação, o Juízo da Execução abriu vista ao Ministério Público Federal, ocasião em que nos pronunciámos negativamente quanto ao benefício, porquanto ausentes os requisitos subjetivos, e o fizemos da seguinte forma:

“I- Da decisão executanda:

H.E.V., R.E.V., P.R.V. e J.R.K. foram condenados, em primeira instância, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 13 dias-multa, à razão de 05 (cinco) salários-mínimos o dia-multa (fls. 9+64/992), pelo cometimento do delito inscrito no art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/90, combinado com os arts. 29 e 71 do Código Penal.

Contra a sentença, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação (fls. 93/100), o que também fez a defesa.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a decisão *a quo* (fls. 153/155), dando provimento parcial aos recursos para absolver R.E.V. e P.R.V., mantendo a condenação de H.E.V. e J.R.D., e, quanto a estes aplicando a causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/90 (grave dano à coletividade), fixando a pena de reclusão, e multa de 50 (cinquenta dias-multa), à razão de 05 (cinco) salários mínimos/dia.

O Ministério Público Federal, considerando a Carta de Sentença extraída dos autos da Apelação Criminal nº 97.04.12392-2, propôs, já em 06 de abril de 1998, portanto há um ano, a execução da pena privativa de liberdade aplicada, requerendo a expedição de mandado de prisão contra os condenados (fls. 231/233), o que até o momento não foi determinado.

Sobreveio a Lei 9714/98, introduzindo alterações no Código Penal, sobre a (não) incidência da qual ao caso concreto o Ministério Público Federal ora se manifesta.

II – *Da inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos por ausência de pressupostos subjetivos a autorizarem a substituição:*

A pena privativa de liberdade deverá ser imediatamente executada, sendo vedada sua substituição por outras de natureza restritiva de direitos, eis que,

⁸⁵ Carta de Sentença autuada na Justiça de origem sob o nº 98.1501953-85

conquanto presente o requisito objetivo ‘quantidade de pena imposta’ (CP, art.44, I), *revelam-se ausentes os pressupostos subjetivos, como de resto alguns outros objetivos, da medida substitutiva.*

Ao analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada, possui o Juiz duas balizas legais, definidas nos artigos 44 e 59 do Código Penal.

O art. 59 do Código Penal, cerne da estrutura do sistema de reprovação, é claro:

Art. 59. *O juiz, atendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

(...)

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie, se cabível.

O art. 44 do Código Penal é do seguinte teor:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não form cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II- o réu não for reincidente em crime doloso;

III- *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstancias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

Analisemos, então, a decisão judicial executanda, ao valorar aludidas diretrizes:

Da Culpabilidade:

reprovabilidade da ordem jurídica à conduta ilícita praticada voluntária e conscientemente pelos acusados.

No particular, a Magistrada foi clara ao valorá-lo negativamente aos acusados, reconhecendo presente a circunstância em grau elevado. Vejamos:

‘(...) *Culpabilidade bem definida*, na medida em que os réus são comerciantes experientes e pessoas esclarecidas, *portanto tinham, mais do que a potencial consciência, a real percepção do ilícito de suas condutas e condições de se determinarem com a norma legal (...)*’ [grifei] (fl. 91)

Dos Motivos do Crime:

Da análise dos motivos do crime – que envolve fraude, utilização de notas fiscais frias e/ou inidôneas, contabilização de custos indevidos, etc, - desponha nova valoração negativa, onde fica evidenciada a *egoística intenção lucrativa dos executandos*, tudo em detrimento do erário público. Vejamos a sentença:

‘(...) Motivo, ao que tudo indica, AUFERIR LUCRO em detrimento da arrecadação dos tributos (...)’. [grifei] (fl. 91)

Das Consequências do Crime (art. 59, inciso IV, do CP):

As *consequências do delito* militam, de alguma forma, contra os acusados, tendo sido assim analisadas:

‘(...) *Consequências muito danosas ao erário público*, pois o prejuízo pela omissão de recolhimento de tributos não foi ressarcido, conforme provas nos autos’ (...) [grifei] (fl. 91)

Tais circunstâncias (consequências) ainda foram reconhecidas como ocasionadoras de grave dano à coletividade pelo E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, em acórdão que consignou incidente a circunstância do art. 12, I, da Lei 8.137/90 (grave dano à coletividade), e, assim reformou a decisão *a quo*, para elevar a pena.

Retira-se do voto-condutor proferido pelo eminente JUIZ VOLKMER DE CASTILHO:

‘(...) merece provimento recurso do M.P.F. para aplicação da agravação do art. 12, I, Lei 8.137/90, pois, *com efeito, o prejuízo ao Erário alcançou o*

valor respeitável de R\$1.123.372,89, o que recomenda a majoração da pena em 1/3, tanto quanto a majoração da pena de multa (...)’ [grifei] (fl. 155)

Ademais, a decisão supra foi ratificada pelo ilustre JUIZ FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, que, no julgamento dos embargos de declaração contra ela opostos, a par de rejeitá-los, assentou:

‘(...)’O grave dano causado à coletividade’ É EVIDENTE, diante do prejuízo acarretado aos cofres públicos (...)’ [grifei] (fl. 171)

Dos Antecedentes:

Outrossim, os condenados registram contra si vários antecedentes criminais, revelando uma verdadeira sucessão de delitos contra a ordem tributária nacional, inclusive em detrimento do INSS. Vejamos:

1) ações penais contra H.E.V., na Justiça Federal em Caxias do Sul:

- a) 97.1500729-5;
- b) 97.1503940-5;
- c) 93.1501984-9.

20 ações penais contra J.R.K., na Justiça Federal em Caxias do Sul:

- a) 97.1500729-5;
- b) 97.1503940-5;
- c) 93.1501984-9.

A título de mera ilustração do que ora sustentado, observe-se que a ação penal nº97.1500729-5, que tramita perante esse Juízo, imputa a prática, aos condenados, no período de 12/95 a 08/96, do delito tipificado no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91, consubstanciando a apropriação de valores originais da ordem de R\$647.853,43.

Indubitavelmente, tais elementos não podem passar despercebidos ao Poder Judiciário.

Alias, quanto ao tema, veja-se o entendimento sedimentado na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

‘PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. ... II- não em bons antecedentes quem, mesmo sendo primário, foi indiciado em inquéritos policiais.’ (HC. Nº72.840-5 PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJU. 16.02.96, P. 2.998).

‘PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE CRIME DE ESTELIONATO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CUMPRIMENTO DO REGIME SEMI-ABERTO. Incensurável a dosimetria da pena, tendo em vista tratar-se de paciente com antecedentes desabonadores, consistentes em indiciamento em outro inquérito policial instaurado para apuração de crime da mesma natureza. (...)’ (HC. nº72.643-7-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 06.02.1996).

‘REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. A consideração da reincidência como circunstância que sempre agrava a pena (CP, art. 61) não conflita com o princípio *ne bis in idem*. Por outro lado, a presunção de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) não impede que a existência de inquérito policial e de condenação criminal que não possa ser considerada para a caracterização da reincidência não possa ser levada em conta de maus antecedentes. (...)’ “HC. nº74967-4-SP, /rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJU. 30.05.97, P. 23.178).

Sustentação Doutrinária

A Lei nº9.714/98 foi assaz abrangente, pois, além de criar penas substitutivas menos severas, estendeu extraordinariamente a incidência destas (antes de sua vigência, as penas restritivas eram aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade *inferior a 1 ano*).

Em face disso, como muito bem adverte JULIO FABBRINI MIRABETE, na recentíssima obra *Código Penal Interpretado*, há de ser feita uma *rigorosa análise das circunstâncias subjetivas incidentes*, a saber:

‘(...) É ainda necessário para a substituição que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente. Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da

pena-base, é que vão dar a medida da conveniência da substituição. (...) Diante da abrangência da nova lei quanto à quantidade da pena privativa de liberdade a ser substituída, *é dever do juiz uma rigorosa apreciação desses requisitos subjetivos no sentido de verificar se, realmente a pena substituta é suficiente para a reparação e prevenção penais, assegurando a necessária defesa da sociedade (...)*” [MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, pp.290/291] [sem grifo no original]

O eminente Professor Damásio E. de Jesus, em sua também recente obra Penas Alternativas, é enfático [Saraiva, 1999, p. 86]: ‘(...) *A aplicação de pena alternativa* PRESSUPÕE requisitos de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade da pena; CP, ART. 44, I e §§1º e 2º) e SUBJETIVA (*culpabilidade e circunstâncias judiciais*; art. 44, III e 59, caput) (...)’

Logo após, no item *Simultaneidade dos pressupostos*, conclui:

‘(...) Faltando um deles não é admissível a substituição (...)’ [sem grifo no original]

III – Conclusão e Reiteração de Pedido:

Ora, os elementos valorados em sentença, assim como aqueles que transbordam da folha de antecedentes criminais dos acusados, que registra a prática de outros delitos de sonegação fiscal, estão a demonstrar, a mais não poder, *a inviolabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por outra de qualquer natureza*, do que decorre, como corolário lógico, a necessária e imediata expedição de mandado de prisão contra os condenados, a fim de que cumpram a pena privativa de liberdade que lhes foi aplicada.

Diante do exposto, considerando a *desfavorabilidade das circunstâncias* acima apontadas (arts. 44, III e 59 do CP), o que enseja a conclusão pela inviabilidade de substituição da pena privativa de liberdade executanda, porque ausentes os pressupostos de sua efetivação, o *Ministério Público Federal reitera o pedido das fls. 231/233, de 06 de abril de 1998, a fim de que seja determinada, imediatamente, a expedição de mandado de prisão dos condenados H.E.V e J.R.K.*, como medida que atende a unidade da ordem jurídica, *que deve ser igual para todos.*”

O magistrado do Juízo de Execução Penal, em detida análise que perpassou, como não poderia deixar de sê-lo, pelas circunstâncias de ordem subjetiva que despontavam do caso concreto, acatou a manifestação do Ministério Público Federal, determinando a expedição de mandado de prisão sob os seguintes fundamentos (ação penal nº 98.1501953-8):

“trata-se de execução da pena de 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e multa de 50 dias-multa, à razão de 05 salários mínimos/dia aplicada a H.E.V. e J.R.K. processada nos autos de Carta de Sentença. Instado a manifestar-se sobre a aplicabilidade das disposições da Lei nº 9.714/98, ao caso em tela, o Ministério Público Federal manifestou-se pela inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade aplicada aos réus, requerendo a imediata expedição de mandado de prisão dos condenados.

Com o advento da Lei nº 9.714/98, instrumento legislativo que alterou a redação de alguns dispositivos do Código Penal, com clara intenção despenalizadora, uma vez constituindo-se em lei nova mais benéfica no que tange ao fato concreto em tela, urge a manifestação quanto à possibilidade de sua aplicação, em obediência ao disposto no art. 2º, § único, do Código Penal.

A nova redação imposta pela Lei nº 9.714/98 ao art. 44 do Código Penal indica três hipóteses de cabimento das penas restritivas de direitos:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Pela pena aplicada aos réus (03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão) e considerando a natureza do delito, bem como os antecedentes dos réus, entendendo preenchidos os dois primeiros requisitos para sua aplicação. Todavia, nas palavras de Luiz Flavio Gomes dizer, *no entanto, que, pela pena aplicada (concreto), haja possibilidade de substituição não significa que o juiz deva procedê-la em todos os casos: além do requisito objetivo da pena (que não pode ser superior a quatro anos), urge o exame criterioso dos demais requisitos legais (subjetivos)* (Penas e Medidas Alternativas à Prisão, Revista dos Tribunais, 1999, p.112).

A culpabilidade é o grau de reprovação da conduta (dolosa ou culposa). Em julgamento em primeiro grau de sentença, a qual restou majorada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a magistrada destacou que a culpabilidade restou bem definida, *na medida em que os réus são comerciantes e pessoas esclarecidas, portanto, tinham mais do que a potencial consciência, a real percepção do ilícito de suas condutas e condições de se determinarem com a norma legal*.

Quanto às consequências do delito, vale ressaltar que o voto da lavra do eminente Juiz Volkmer de Castilho, em sede recursal, já destacou que o prejuízo ao erário alcançou valor respeitável de R\$1.123.372,89.

Considere-se ademais, os fundamentos do parecer do Ministério Público Federal, indicando a necessidade da exigência de rigorosa análise das circunstâncias subjetivas incidentes para fins de que seja permitida a substituição, ressaltando, ainda a existência de outros processos e curso em cujos delitos a autoria é imputada aos condenados, em que pese o reconhecimento da presunção da inocência constitucionalmente imposta.

Por fim, destaco que a substituição da pena aplicada revelar-se-ia insuficiente para a repressão e prevenção do delito. Com efeito, aplicada a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, revelar-se-ia tal expediente em atividade bem remunerada, tendo em conta o prejuízo resultante ao erário das práticas delituosas reconhecidas por decisão do Tribunal Regional da 4ª Região. De outra banda, considerando a boa situação econômica dos condenados, o que ensejou a majoração da pena de multa no julgamento recursal, a aplicação de outra medida alternativa conjuntamente aplicada não apresentar-se-ia suficiente à repressão e prevenção de condutas semelhantes, não elidindo o sentimento de impunidade que hodiernamente toma conta da sociedade.

Por outro lado, o regime fixado pela sentença e acórdão é o regime aberto, o qual, sendo o mais benéfico dos regimes de prisão privativa de liberdade, não impede o exercício de trabalho nem restringe a liberdade dos condenados durante o período noturno e nos dias de folga. Dessarte, em face do exposto, *reconheço* a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade aplicada aos condenados. H.E.V. e J.R.K. Expeça-se mandado de prisão.

Preso o empresário – o diretor-financeiro logrou fuga -, isso não sem antes pretextar patologia cardíaca, tudo no intuito de propiciar tempo à sua defesa para reverter a ordem de prisão nas instâncias superiores, foi impetrado *habeas corpus* (HC nº1999.04.01.022167-7-RS) perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo sido indeferida a liminar, pelo então Presidente da Corte.

Novas e sucessivas tentativas de liberação do apenado foram buscadas junto aos tribunais superiores – Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal-, todas mal-sucedidas. No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro-Relator foi expresso:

“Vê-se, assim, que *o paciente não reúne os requisitos subjetivos para usufruir do benefício legal*, criado com o intuito despenalizador, também nos termos do art. 324 do CPP, deve-se-lhe recusar a afiançabilidade do delito, visto

que, conforme ressalta o parecer do Ministério Público Federal, responde a outros processos criminais em curso”⁸⁶.

Entretanto, apreciando em mesa o *habeas corpus*, a Turma de férias do tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu liberdade ao paciente, despontando do voto condutor, dentre seus fundamentos, o seguinte e expresso entendimento:

“(…) somente em sede violenta e agressiva ao meio social, os antecedentes sem condenação serão passíveis de obstar benesses legais aos acusados (…”. Ora, reside neste ponto a nota da desigualdade, porquanto dessa consideração poderíamos então deduzir, como o fizemos expressamente nos autos da carta de sentença, que:

“(…)a) os crimes de sonegação fiscal não ostentam agressão ao meio social; b) a interpretação da lei (CP, art. 59: ... *antecedentes* ...) não deve ser igual para todos. E ponto final (…)”.

Veja-se, como assentamos alhures, a esterilidade teórica da afirmação lançada. Considere-se, ademais, que o próprio Tribunal já houvera reconhecido, na decisão que confirmara a condenação e determinara o cumprimento da pena, o grave dano à coletividade (art. 12, I, da Lei nº 8.137/90) resultante da conduta criminosa.

Hoje, este réu, a quem sobreveio nova condenação criminal a 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, encontra-se abertamente foragido no exterior, deixando pendente um débito penal para com a Justiça Federal – e a sociedade – de 09 (nove) anos de reclusão.

CASO 2. Crime de sonegação fiscal: flexibilização na interpretação dos artigos 578 e 594 do CPP

O réu L.Z.N., empresário, foi condenado pelo delito de sonegação fiscal (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90) nos autos da ação penal 96.1503915-2 à pena de 2 (dois) anos e 25 (vinte e cinco) dias de detenção. Cumpre anotar, antes de mais nada, que o acusado já possui contra si outras duas condenações de natureza criminal, as quais, somadas a essa última, superavam o patamar de 8 (oito) anos. Outrossim, respondia, o acusado, a 9 (nove) ações penais.

Diante destes elementos, e recomendando, dentre outras circunstâncias, os maus antecedentes do réu, o magistrado prolator da sentença, forte na letra expressa do art. 594 do CPP e da interpretação que lhe confere o Supremo Tribunal Federal, determinou o recolhimento do acusado à prisão, o que fez sob os seguintes termos e fundamentos:

“(…) Culpabilidade exacerbada, uma vez que se trata de um empresário que apresenta larga experiência profissional, proprietário de um grupo de empresas, muito ciente dos deveres que possui perante a sociedade. Dele se esperam condutas, em face do destacado perfil empresarial que apresenta, condizentes com as benesses que colhe da atividade comercial que desempenha, e não, como à época dos fatos, quase duas dezenas de autos de infração fiscal lavrados contra si. Não é um simples empresário que, episodicamente, enfrenta problemas econômicos. Não. É pessoa que tem como estratégia par a condução de seus negócios o não-recolhimento dos tributos devidos. Considero, pois, negativamente tal circunstância, aumentando a pena em três meses. Apresenta pessioms antecedentes criminais, já contando, hoje, com NOVE *processos criminais contra si* (Certidão às fls. 383-384). Já foi condenado nesta Circunscrição Judiciária de Caxias do Sul em DOIS processos criminais, cujas penas, quando somadas, remontam a 6 (seis) anos, um mês e vinte e quatro dias de reclusão:

⁸⁶ Medida Cautelar 1.740/RS, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p 165

Processo ns. 94.1501713-9 e 95.1503587-2: condenado a 3 (três) anos e nove meses de reclusão;

Processo n. 96.0019084-4: condenado a 2 (dois) anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão.

À guisa de entendimento preconizado no Supremo Tribunal Federal (HC 75.603-4, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 05.12.97, p. 63906; HC 71791/SP, rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU de 25.10.96, p. 41027; HC 77569/RJ, rel. Min. Carlos Veloso, DJU de 07.11.97), considero tais processos criminais em andamento (dos quais já foram emanadas duas condenações) como maus antecedentes, fato que repercute, no ponto, em elevação do apenamento. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, analisando a Ap. Crim. N. 1998.04.01.066801-1/RS, asseverou, em voto do Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, em caso em que o réu apresentava apenas uma condenação no 1º grau de jurisdição e um processo criminal em andamento, que '... a ação penal pendente importa já ter havido um juízo de acatamento da ação pelo *fumus boni juris* constantes da denúncia. Logicamente, mais intensa é tal certeza quando há condenação em primeira instância, como é o caso dos autos.' (RTRF 35/178). Aumento, pois, a pena em quatro meses. Nada foi apurado quanto à conduta social. Personalidade voltada para o cometimento de crimes, perpetrando-os contra sujeitos passivos diversos (a União, o Instituto Nacional do Seguro Social); realiza condutas as mais diversas para lesar o patrimônio público, ora ofendendo o sistema de custeio da seguridade social (fls. 442-457, fl. 425-441), ora ofendendo a Fazenda Pública Federal (como é o caso destes autos). Apresenta, pelos atos que perpetra, uma personalidade que bem demonstra a pouca importância que concede à vida em sociedade, apropriando-se reiteradamente de recursos públicos em prol de suas atividades privadas. Considero negativamente este aspecto de sua personalidade, exacerbando, pois, a pena, aumentando-a em três meses. Os motivos foram o lucro fácil, obtido por via de apropriação indevida dos recursos públicos, finalidade esta cuja tipificação visa a proibir, encontrando-se a reprimenda adequada nas sanções previstas no tipo. As circunstâncias nas quais os delitos foram cometidos são as comuns à espécie, cuja reprimenda adequada também encontra-se nas sanções previstas no tipo. As consequências, expressivo vulto do dano, deixam de ser analisadas aqui, uma vez que serão valoradas na terceira fase de aplicação da pena. Por fim, a vítima em nada concorreu para o desfecho do evento delitivo. Considerando tais circunstâncias, que se mostram desfavoráveis ao réu, fixo a PENA-BASE em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção. Outrossim, fixo a pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Atentando-se a muito boa situação econômica do réu, empresário controlador de diversas empresas, fixo o valor do dia-multa em 1/4 (um quarto) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, atualizado desde então. Inexistem circunstâncias agravantes. Mesmo tendo sido qualificada a confissão apresentada pelo réu em seu interrogatório (disse que não recolhera o tributo alegando causa de exclusão de culpabilidade), tenho como aplicável o art. 65, "d", do Código Penal. Por tal razão, fixo a pena provisória em 1 (um) ano e dois meses de detenção.

Reconheço a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 12 da Lei nº8.137/90, em face do vulto do valor sonogado, 350.525,30 UFIRs; o valor sonogado consubstancia expressivo dano à coletividade, uma vez que, com valor do prejuízo sofrido pela União seria possibilitado o pagamento de 5.325 diárias de internação em Unidades de Tratamento Intensivo (Tabela do SUS). Aumento, por isso, a pena em um terço, perfazendo 1 (um) ano, seis meses e dezenove dias de detenção.

Impõe-se, ainda, seja considerado o acréscimo previsto no artigo 71 do Código Penal, pois os crimes foram praticados em continuidade delitiva. Em face do considerável número de fatos ilícitos que compuseram os delitos trazidos a Juízo, que foram perpetrados por mais de um ano, majoro a pena em um 1/3. Tendo-se em vista esta majoração, fixo a PENA-DEFINITIVA em 2 (dois) anos e vinte e cinco dias de detenção.

DISPOSITIVO. ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a pretensão deduzida na denúncia para o efeito de condenar o réu L.Z.N. às penas de 2 (dois) anos, 25 (vinte e cinco) dias de detenção e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa à razão de 1/4 (um quarto) do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos, atualizado desde então, por infração ao art. 2º, II, 2/2 art. 12, todos da Lei 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do código Penal). O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto. As custas serão suportadas pelo condenado. Não cabe substituição da pena privativa de liberdade imposta porque o réu não apresenta os requisitos subjetivos previstos no art. 44, III, do Código Penal: apresenta péssimos antecedentes (*nove processos criminais, com duas condenações – uma de 3 anos e nove meses de reclusão e outra de 2 anos, quatro meses e vinte e quatro dias*), culpabilidade exacerbada e personalidade voltada ao cometimento de delitos.

O réu não poderá apelar em liberdade em face de seus péssimos antecedentes sobejamente demonstrados (art. 594 do Código de Processo Penal), podendo, desde já, aguardar julgamento de eventual recurso interposto no regime de cumprimento de pena fixado nesta decisão (regime aberto). Nesse sentido, é iterativa a jurisprudência: (...)”⁸⁷

Entretanto, impetrado *habeas corpus* liberatório perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi deferida a liminar para oportunizar ao acusado que permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Da ementa do acórdão, retira-se:

“*Habeas Corpus. Sentença Penal Condenatória. Maus Antecedentes. Direito de apelar em Liberdade.* 1. Afastada a incidência da regra do art. 312 do CPP, o apelo do réu não pode estar condicionado a seu encarceramento provisório, mesmo que não seja primário, nem tenha bons antecedentes (...)”⁸⁸

O detalhe é que a decisão proferida pelo Tribunal, neste caso, afastando a regra do art. 594 do CPP, conflita com outra, emanada da mesma Corte, a exemplo da que ora transcrevemos, na qual ficou assentado, de forma expressa, bastar seja o réu portador de maus antecedentes para que lhe seja impossibilitado apelar em liberdade:

“O artigo nº594 do CPP tem o seguinte teor: *O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que livre* (sic).

O dispositivo deixa claro que, não sendo o réu tecnicamente primário ou de bons antecedentes, só poderá apelar se se recolher à prisão, ou, sendo a infração afiançável, se prestar a competente fiança. Não se exige, portanto, para autorizar a negativa do benefício, a reincidência. (...);

Não vinga a tese do impetrante de que o art. 594 do CPP vulnera o princípio da presunção de inocência. Além de relativa tal presunção, a Constituição Federal não presume a inocência do acusado de infração penal; diz apenas que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ art. 5º, LVII) e ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º, LXVI). Ou seja, admite a prisão provisória, com ou sem fiança. E o artigo 594 constitui a norma a que se refere o texto

⁸⁷ Sentença proferida na ação penal nº96.150.3915-2, pelo Juiz Federal Marcelo Cardozo da Silva. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p 169

⁸⁸ *Habeas Corpus* nº2000.04.01.010743-5/RS, relator o Juiz Élcio Pinheiro de Castro, publicado no DJU 05/04/00. . *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p 169

constitucional, na medida em que impõe a segregação do condenado que não seja primário e apresentar maus antecedentes”.⁸⁹ [grifamos]

A diferença objetiva entre as duas situações reside na espécie delitiva praticada. Não se tratava, no aresto logo acima, de delito de sonegação fiscal, mas de acusado portador de moeda falsa (art. 289 do CP), ao qual se imputava, paralelamente, uma receptação culposa e a – então – contravenção de porte ilegal de armas.

Entretanto, o problema ainda iria além. A defesa do acusado L.A.N. não ofereceu recurso de apelação, ensejando o trânsito em julgado da ação penal, porquanto escoado o quinquídio legal sem a interposição do respectivo termo.

Em face do ocorrido, o magistrado *a quo*, uma vez certificado pela Secretaria da Vara o trânsito em julgado da decisão condenatória, determinou a expedição de mandado de prisão, desta feita para o efetivo cumprimento da pena imposta, imodificável que se tornara a decisão.

Todavia, novamente foi restaurado o *status libertatis* do acusado. Em segundo *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal, em que a defesa sustentava que “por um lapso perdera o prazo de recuso”, foi deferida a liminar, desta feita ao sabor do seguinte argumento:

“Logo, s.m.j., estando em discussão o direito de recorrer (Acórdão ainda não publicado) não vejo consistência na Certidão de f. 544 atestando o trânsito em julgado da sentença para a defesa em 15.02.2000. em suma, além da clara manifestação quanto à vontade de apelar, deduzida no precedente *habeas*, cuja cópia encontra-se acostada nos autos, o que não se mostra razoável é o juiz não receber o apelo (...).⁹⁰

Ora, sucede que sequer existiu “apelo” para que o magistrado pudesse “não recebê-lo”.

Aludida decisão peca, sim, por usurpar o juízo de admissibilidade da apelação do juízo *a quo*. Ademais, donde a ilegalidade a ser coibida por *habeas corpus*? O que deveria o magistrado de primeira instância fazer, *ante a inexistência de recurso*, senão o que fez? E adiante da decisão liminar, o que fazer? Anular a (correta) certidão que atestava o trânsito em julgado da decisão? Tenha-se em conta que, na dicção do art. 578 do CPP, “o recurso será interposto *nos autos* ...”, circunstância inocorrida até a decisão proferida no *habeas corpus*.

No exame do mérito do *writ*, assim pronunciou-se a Turma, seguindo o voto do relator:

“(...) Informa a política criminal do Estado moderno que deve ser homenageada a situação que mais favoreça o *status libertatis* do condenado. Nesse contexto, a regra estatuída do artigo 578 do CPP que determina que ‘o recurso será interposto por petição ou termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante’ deve ser interpretada de maneira branda, sob pena de privilegiarmos a forma em detrimento do fim almejado pelo ato processual (...).⁹¹

Observe-se a abstração e o retoricismo da afirmação. Afinal, qual é, ou melhor, o que é “a política criminal do Estado moderno”? uma vez respondida essa indagação, indagaríamos: para quem ela se aplicaria? A

⁸⁹ *Habeas Corpus* nº97.04.43699-8/RS, relatora a Juíza Tânia Escobar, julgado em 28/08/97. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 170.

⁹⁰ Decisão liminar proferida no *Habeas Corpus* nº2000.04.01.022434-8, relator o Juiz Élcio Pinheiro de Castro. . *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 170-171.

⁹¹ Decisão proferida no *Habeas corpus* nº2000.04.01.022434-8, relator o Juiz Élcio Pinheiro de Castro, publicado no DJU 10/05/00. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 171.

todos os “condenados” (atente-se que o acórdão usa a expressão “condenado”)? Em que termos e limites se haverá de buscar “a situação que mais favoreça o *status libertatis* do condenado”?

Ainda que se admita, *ad argumentum*, a plausibilidade da tese sufragada, fato digno de registro é que a mesma Turma, julgando caso análogo, em que se fazia envolvido um réu acusado de portar moeda falsa, decidiu de forma bastante distinta.

Nessa ocasião, as razões de apelação do acusado haviam sido erroneamente endereçadas ao *juízo ad quem*. Decidiu a turma, muito embora, determinar a remessa da petição de recurso à instância *a quo* para que, daquela feita, o juízo *a quo* efetuasse o juízo de admissibilidade do recurso, com ressalva expressa no sentido de que o magistrado promovesse a juntada das razões recursais, “se fosse o caso”. Vejamos:

“As razões do apelante forma erroneamente endereçadas a este Juízo do *habeas corpus* respectivo, onde *se constatou a inexistência de apelação criminal* referente ao feito nº95.1100605-3, processado no Juízo Federal de Santa Maria, ao qual determino a remessa da petição, para o juízo de admissibilidade do próprio apelo e, *se for o caso*, a juntada das razões”.⁹² [destacamos]

Caso 3. Crime de sonegação fiscal: interpretação acerca dos *maus antecedentes* (art. 59 do CP) e da garantia da ordem pública (art. 312 do CPP)

O réu M.L. responde a algo em torno de vinte ações penais, por delitos distintos, sempre a envolver sonegação fiscal, predominando o não-recolhimento de IPI, IRRF (art. 2º, I, da Lei nº8.137/90) e de contribuições previdenciárias (delito hoje normatizado pelo art. 168-A do CP), em vultosos valores que ultrapassa os R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Atualmente, o acusado conta com três condenações criminais contra si, uma das quais já confirmada em segunda instância.

As práticas delituosas vinham-se desenvolvendo de forma praticamente ininterrupta, por oito anos consecutivos, sem que absolutamente nada as fizesse cessar. A ilicitude penal, assim, compunha a própria estratégia de gestão empresarial. Por essa razão, o Ministério Público Federal, com fundamento na garantia da ordem pública, requereu e teve deferida a prisão preventiva do acusado, medida que se verificou em duas oportunidades. Houve, ainda, um terceiro decreto de prisão, este lastreado em nova sentença condenatória proferida em desfavor do acusado. De se destacar que as prisões foram decretadas por magistrados distintos.

Todavia, o acusado, em todas essas oportunidades, logrou reverter o decreto de prisão em segunda instância, conquanto persistissem a chegar à Procuradoria da República novas representações fiscais para fins penais e malgrado os péssimos antecedentes que lhe acompanha(va)m.

Extraí-se da primeira decisão judicial que determinou a prisão preventiva do acusado o seguinte excerto destacado:

“(…) nada obstante as ações penais, os interrogatórios, a ciência, pelo próprio réu, de que a ausência de recolhimento constitui crime delineado em lei, a sentença condenatória que já sofreu em 1º Grau de jurisdição, ... as denúncias por delitos rigorosamente idênticos ... continuam a dar entrada nos foros federais criminais ... Certo, a prisão preventiva ... é ... medida de caráter excepcional, a que recorre o Poder Judiciário para fazer cumprir a lei, coibir condutas danosas à sociedade ou respeitar a própria autoridade,

⁹² Decisão proferida no *Habeas corpus* nº97.04.43699-8/RS, relatora a Juíza Tânia Escobar. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 172.

credibilidade e prestígio de suas decisões (...) *será que um dia isso tudo iria parar?*”⁹³

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal, já em juízo de liminar o acusado foi imediatamente colocado em liberdade, chamando a atenção o seguinte argumento, utilizado para afastar o requisito – garantia da ordem pública – da prisão cautelar:

“(...) A prisão preventiva com base na salvaguarda da ordem econômica, revela na espécie uma abstração incompatível com a excepcionalidade da medida cautelar, já que tem por fundamento a circunstância de ser a dívida vultosa, e a conduta do réu mostrar-se deliberada e acintosa, no não recolhimento de tributos, sem que exista qualquer indicação segura da necessidade da custódia. Não obstante ser historiada conduta delituosa, por sonegação de tributos e contribuições sociais, por *atos de 1992 até 1998, não se pode abstrair que são dados pretéritos, e constituem o próprio fato típico* pelo qual o paciente se vê processar no Juízo criminal (...)”.⁹⁴ [destacado]

Já neste ponto caberia a primeira indagação: e para os demais crimes, que não o de sonegação fiscal, não sucederia o mesmo? Ou seja, tratando-se de crimes “comuns”, não poderíamos, também, “abstrair” (!) que os fatos cometidos “são dados pretéritos”- o que, aliás, é sempre evidente – e que constituem “o próprio fato típico”- argumento que igualmente valeria para qualquer hipótese jurídico-penal – pelo qual o acusado vê-se processado?

Nada obstante, a decisão ainda foi além, importando referir outra de suas passagens:

“(...) Os dados trazidos na impetração não revelam necessidade de manutenção da ordem pública através da privação de liberdade, especialmente quando direcionada a *réu* primário, *sem antecedentes criminais que o desfavoreçam*. (...)”.⁹⁵ [destacado]

Repita-se: o acusado em tela respondia a dezesseis ações penais, já ostentando contra si condenação criminal. Logo em seguida, nada obstante, ainda viria a pá-de-cal. Em raciocínio a supor existente uma relação de vinculação (onto)lógica entre “empresa de grande porte” e “sonegação vultosa” diz a decisão:

“(...) *Ao Poder Judiciário não importa o volume da dívida* (...) o patrimônio de uma empresa de grande porte revela substância econômica significativa, da mesma forma que seus débitos; as proporções sempre se estabelecem”.⁹⁶ [destacamos]

Ora, como “ao Poder Judiciário não importa o volume da dívida”? Aliás, convém esclarecer: ao contrário do que singelamente afirmado, não se trata de dívida, mas de crime, e crime grave. Mas o *decisum* ainda iria além, agora para assentar de vez a desigualdade de tratamento, no que lança consideração que apenas se faria aplicar aos crimes de sonegação fiscal. Veja-se:

“(...) *Tratando-se de crime de sonegação fiscal*, a mera suposição de que a liberdade do paciente importará risco e desequilíbrio social, inferindo-se a reiteração da conduta pelo empresário, *se mostra incompatível com a própria natureza do delito*, (...) considerando-se que os delitos imputados ao

⁹³ Decisão proferida nos autos da ação penal nº99.0000600-3 . *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 173.

⁹⁴ Decisão liminar proferida no *Habeas corpus* nº1999.04.01.013423-9, relatora a Juíza Tânia Escobar, publicada no DJU 09/04/99, p.655. Trechos destacados. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 173.

⁹⁵ *Idem*, *ibidem*. P.174

⁹⁶ *Idem*, *ibidem*. P.174

réu são de natureza penal a compatibilizar as disposições da Lei nº9.71/98, não se justifica o encarceramento prematuro (...).⁹⁷

É de se indagar, novamente: por que a específica exclusão dos crimes de “sonegação fiscal” como hipótese a ensejar a causação de “risco e desequilíbrio social”? Donde a incompatibilidade, se a lei, ao contrário disso, ainda aponta a garantia da ordem econômica (art. 312 do CPP), e, em situação análoga, a magnitude do dano (Lei nº7.492/86) como hipóteses ensejadoras da prisão preventiva?

Mas o réu persistiu na senda delituosa, tendo novas representações fiscais para fins penais ocorrido ao Ministério Público Federal. Ante essa constatação, novo pedido de prisão preventiva foi formulado, nos seguintes termos:

“(...) 2. Como se infere dos documentos em anexo, o requerido é réu em inúmeras ações criminosas perante as Varas Federais Criminais desta Capital e Caxias do Sul/RS, condutas estas todas consubstanciadas em sonegação de tributos federais (INSS, IPI e IRPF retidos, entre outras – infrações aos arts. 95, da Lei 8.212/91 e arts. 1º e 2º da Lei nº8.137/90) desde o ano de 1992, ininterruptamente, até o mês de março de 1999 (do que, pro ora, se tem conhecimento).

3. No dia 16 de março do corrente ano, incidentalmente nos autos da Ação Penal nº99.0000600-3 (onde o réu foi denunciado por infração ao art. 95, d, da Lei 8.212/91 por não recolher as contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados no período de julho/97 a julho/98), o Ministério Público Federal, requereu a prisão preventiva de M.L.C. por entender presentes os pressupostos do art. 312, CPP. A medida constritiva de liberdade foi determinada em decisão exarada pelo MM. Juiz Federal, cabendo destaque para os seguintes excertos da decisão:

‘... nada obstante as ações penais, os interrogatórios, a ciência, pelo próprio réu, de que a ausência de recolhimento constitui crime delineado em lei, a sentença condenatória que já sofreu em 1º Grau de jurisdição,... as denúncias por delitos rigorosamente idênticos ... continuam a dar entrada nos foros federais criminais ... Certo, a prisão preventiva... é... medida de caráter excepcional, a que recorre o Poder Judiciário para fazer cumprir a lei, coibir condutas danosas à sociedade ou respeitar a própria autoridade, credibilidade e prestígio de suas decisões...

Será que um dia isso tudo iria parar?’

4. A resposta temos hoje: NÃO, se não houver uma resposta estatal mais enérgica. O réu, em manifesto menoscabo ao Poder Judiciário, continua praticando delitos de extrema gravidade à sociedade, e somente assim continua agindo porque auferiu (com a vênia da expressão, mas que, no entender do Ministério Público Federal, se enquadra ao caso) um “salvo conduto” ao ter deferida medida liminar em *habeas corpus* (cópia anexa), onde se disse que:

‘... não obstante ser historiada conduta delituosa, por sonegação de tributos e contribuições sociais, por fatos de 1992 até 1998, não se pode abstrair que são dados pretéritos, e constituem o próprio fato típico pelo qual o paciente se vê processar no Juízo Criminal.

...Os dados trazidos na impetração não revelam necessidade de manutenção da ordem pública através da privação de liberdade, especialmente quando direcionada a réu ... sem antecedentes criminais que o desfavoreçam. ...

Tratando-se de *crime de sonegação fiscal*, a mera suposição de que a liberdade do paciente importará risco e desequilíbrio social ... se mostra incompatível com a própria natureza do delito, ..., não elencado como crime de ação violenta.

... considerando-se que os delitos imputados ao réu, são de natureza penal a compatibilizar as disposições da Lei nº9.714/98, não se justifica o encarceramento prematuro ...’

⁹⁷ Idem, ibidem. P.174

5. Ora, quanto à primeira afirmação da decisão supra, é evidente que os fatos (como em qualquer outro crime) devem ser pretéritos, e a prisão requerida foi exatamente para *evitar que novos viessem a ser praticados ... Os quais, inevitável, mas não surpreendentemente, advieram ...*

6. Quanto à segunda premissa da decisão *ad quem* supradecclinada, *data vênia*, outro equívoco. É evidente, hialino, que o réu possui maus antecedentes. *Ou responder a quase duas dezenas de ações penais não revelam péssimos antecedentes? (...)*”.

Em face das razões expedidas e da base fática que as sustentava, foi novamente decretada a prisão preventiva do acusado. Entretanto, ao apreciar pedido de liminar neste segundo *habeas corpus*, assim decidiu a mesma julgadora:

“A este juízo não há sustentação ao decreto de prisão, afastado de fundamentos fáticos que indiquem a necessidade da custódia ante tempus. *O simples fato do acusado estar se vendo processar por mais de uma dezena de fatos a ele imputados não autoriza a segregação para a manutenção da ordem pública*”.⁹⁸ [destacado]

Pelo que se depreende, ao menos neste caso, *nesta* hipótese, o fato de o acusado “estar se vendo processar por *mais de uma dezena de fatos*”- *rectius*: fatos criminosos! – demonstra-se como um “simples fato” (*sic*) que não autorizaria a sua prisão. Há lógica nisso?

Pois bem, decretada pela terceira vez a prisão do acusado, desta feita com base em sentença proferida nos autos das ações penais 98.0028421-4 e 99.0004244-1, que o condenou à pena de 6 (seis) anos de reclusão, e com fulcro no art. 594 do CPP, outro *habeas corpus* foi impetrado, havendo-se o réu, novamente, bem sucedido. Decorrem do acórdão do *habeas corpus* 2000.04.01.115468-8/RS os seguintes argumentos:

“Dentro dos critérios informadores de razoabilidade e necessidade, em sede delitiva mais grave há de se conferir um tratamento mais severo para certos modalidades de crimes. A resposta penal deve guardar as proporções da agressão social constatada. (...)”.

Considerando-se que o paciente logrou a concessão da ordem, veja-se que a decisão deixa então a entrever que o tratamento mais gravoso *não* haverá de ser aplicada para situações que tais – crimes de sonegação fiscal –, sendo que a resposta estatal aplicada, também se pode inferir, não estaria guardando relação de proporção com a agressão social constatada. Em sequência, ficou assentado:

“o legislador ordinário, expressamente, permite a prisão quando o Magistrado vislumbrar a ocorrência de sua necessidade. Das cautelas da lei se infere a presunção acerca do *periculum* de se manter solto o agente, mesmo quando confesso da prática do delito. Se cabível a prisão, não se poderá negar seu efeito imediato de privar a liberdade, mesmo temporária. A Súmula 09 do STJ, sendo originária do entendimento pacificado dos julgados, e dentro da natureza cultural do Direito, está a refletir de forma harmônica, que a exigência da prisão para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Os vetores do decreto de prisão são fatos reveladores de sua necessidade, em que o interesse público prepondera à garantia pessoal da liberdade. A prisão cautelar exige a presença do fato histórico que a autorize. Isoladamente, ou em conjunto, as condicionantes do art. 594 do CPP se mostram insuficientes para a prisão *ante tempus* sem a presença dos requisitos do art. 312 do CPP (...)”.

Atente-se, neste particular, que a decisão principia por dissociar-se do entendimento sufragado pela própria Turma em torno ao art. 594 do CPP, como verificado no exemplo acima, em que era réu um portador de moeda

⁹⁸ Decisão liminar proferida no *Habeas corpus* nº1999.04.01.138420-3/RS, em 17/12/99, relatora a Juíza Tânia Escobar. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 176.

falsa. Naquela ocasião, o colegiado decidiu distintamente. Senão vejamos, novamente:

“O artigo nº594 do CPP tem o seguinte teor: *O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que livre* (sic). O dispositivo deixa claro que, não sendo o réu tecnicamente primário ou de bons antecedentes, só poderá apelar se se recolher à prisão, ou, sendo a infração afiançável, se prestar a competente fiança. Não se exige, portanto, para autorizar a negativa do benefício, a reincidência . (...); Não vinga a tese do impetrante de que o art. 594 do CPP vulnera o princípio da presunção de inocência. Além de relativa tal presunção, a Constituição Federal não presume a inocência do acusado de infração penal; diz apenas que *‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’* (art. 5º, LVII) e *‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’* (art. 5º, LXVI). Ou seja, admite a prisão provisória, com ou sem fiança. E o artigo 594 constitui a norma a que se refere o texto constitucional, na medida em que impõe a segregação do condenado que não seja primário e a apresentar maus antecedentes”⁹⁹.

Retornemos, sem embargo, à decisão proferida nos autos do *habeas corpus* 2000.04.01.115468-8/RS:

“De acordo com o mencionado na decisão inicial, a conduta do Paciente não está a cancelar a adoção da medida extrema. Ao contrário, infere-se um adequado comportamento processual, permissivo do pleno exercício do *jus puniendi* estatal. Mais do que isso, é de ser considerado que o réu permaneceu solto durante todo o processo. Assim, *a regra do artigo 594 do CPP deve ser valorada de forma mais branda.* (...)”. [destacado]

Por fim, cabe enfatizar o teor da ementa do acórdão, onde a desigualdade de tratamento vem estabelecida de forma explícita:

“1. A excepcionalidade da prisão *ante tempus*, guarda contornos especialíssimos, *sendo reservada aos delitos de ação violenta, de severa agressão social*, ou baseada em fatos que a autorizem”¹⁰⁰. [destacado]

Primeiramente, cabe referir o óbvio: a lei não faz a distinção protagonizada pelo órgão judicial, residindo, nesse ponto, a manifesta desigualdade. Demais disso, a iniquidade da decisão repousa no fato de que, na visão sufragada, pelo que se observa, os crimes de sonegação fiscal *não* estariam a projetar uma “severa agressão social”. Mas... e no caso do delito de moeda falsa, acima ventilado, em que mantida foi a prisão em face da regra do art. 594 do CPP, haveria a propalada “severa agressão social”?

Sucedeu-se, ainda, em relação ao mesmo acusado, outro episódio pitoresco. Em *writ* dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, veiculou pedido de aglutinação das cerca de duas dezenas de ações a que respondia. De ratificar-se que os processos diziam respeito à sonegação de tributos distintos, operados por meio de empresas diversas em abrupto distanciamento temporal entre as diversas hipóteses delitivas. Outrossim, não havia, em face dos co-autores, identidade no pólo passivo das relações processuais, tudo, enfim, a afastar qualquer argumento tendente a verificar, desde o processo de conhecimento, eventual continuidade delitiva. Naquela instância, entretanto, assim decidiu o relator:

“Processo é instrumento do direito para realizar a Justiça em favor da condição humana. Não pode ser um produto das leis para endoidar as pessoas. Ora, se um processo só – por mais devido que seja – já atazana,

⁹⁹ *Habeas Corpus* nº97.04.43699-8/RS, relatora a Juíza Tânia Escobar. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 178.

¹⁰⁰ Ementa do *habeas corpus* nº2000.04.01.115468/RS, relatora a Juíza Tânia Escobar. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 178.

imagine-se uma porção deles sobre um mesmo tema, girando num mesmo lugar, mas na órbita de Juízes diferentes”¹⁰¹.

À margem da discussão quanto à juridicidade dos termos e da própria decisão, importa referir que o relator viu-se vencido¹⁰².

[...]

Nada obstante o que vimos nos exemplos trazidos acima, uma consideração cabe seja feita. A mentalidade de que nos fala alhures Dalmo Dalari está realmente mudando, ao menos assim quer-nos parecer. Se compararmos o presente ao passado, essa constatação é indubitável. E isso, faça-se justiça, devemos aos juizes de todas as instâncias que, comprometidos com o Estado Democrático de Direito, têm acolhido as pretensões que lhes têm sido deduzidas, amparadas na excelência da atuação dos órgãos estatais de fiscalização, dentre os quais figura como exemplo inexcedível a Receita Federal, pela competente e organizada ação de seus agentes e dirigentes. O processo evolutivo evidencia-se, pois, conquanto as iniquidades persistam, e em grande escala, a ocorrer.

Nos exemplos trazidos acima, cabe uma consideração: se compararmos o presente ao passado, constata-se que a mentalidade da sociedade e consequentemente dos operadores do direito vem mudando. É só observar que mesmo nos julgados trazidos, há sentenças/votos e fundamentações de juízes comprometidos com o Estado Democrático de Direito, que acolhem as pretensões extraídas da atuação dos órgãos estatais de fiscalização, dentre os quais figura como exemplo a Receita Federal. Mesmo que nossa sociedade não seja justa e que a maioria da população viva com uma dignidade mínima, o processo evolutivo já é evidente.

¹⁰¹ Excerto de voto do Ministro Edson Vidigal, Relator originário, no *Habeas corpus* nº15.878/RS. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 178.

¹⁰² “*Penal e Processual Penal. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Ordinário. Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social. Unificação de Processos. Crime Continuado. Processos em Fases Distintas.* I – Em princípio, mormente nos estreitos limites do *writ*, os crimes contra a ordem tributária e os crimes contra a previdência não são da mesma espécie. A continuidade delitiva exige que os ilícitos penais sejam da mesma espécie e não apenas do mesmo gênero ou da mesma natureza. II – Não se pode confundir o direito a ser reconhecido, ao final, à eventual continuidade delitiva com pretensão direito à unificação de feitos (16 ações) que se encontram em fases totalmente distintas (denúncias que datam do período de 1996 a 2000), tudo isto, a ensejar tumulto processual e inviabilização da *persecutio criminis in iudicio*. Inexistência de constrangimento ilegal. *Writ* indeferido. *Habeas corpus* nº 15.878, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Relator originário o Ministro Edson Vidigal, Relator para acórdão o Ministro Félix Fischer, julgado em 28/07/2001, publicado no DJU 03/09/2001. *Apud* Luciano Feldens, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco - por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 179.